Schöman's Fragmente

aus seinen

civilistischen und criminalistischen

Vorlesungen,

nebst

einem Anhange

desselben lateinischer Gelegenheits-Schriften.

Jena 1814.
in der Crökerschen Buchhandlung.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Sr. Excellenz

dem Herzogl. Sächs. wirklichen Geheimenrathe und Obercammerpräsidenten, auch Ritter des R. K. St. Annenordens erster Classe

Freiherrn von Voigt

dem weisen Staatsmanne

dem erhabenen

Kenner, Freunde, Beförderer der Wissenschaften

zum Denkmale tiefester Verehrung.

Plan

zu einer civilistischen Vorlesung

über

Mora und *Culpa*

und andere damit verwandte Rechtslehren.

Obscuritates non assignemus culpae scribentium, sed inscitiae non assequentium.

A. Gell. Noct. Att. XX. 1.

§. 1.

Zu den Entstehungsgründen einer Obligation aus unerlaubten Verletzungen fremder Rechte an Sachen gehören unter anderen, und zwar als die häufigsten im bürgerlichen Leben, MORA und CULPA — nämlich

I. wenn der Debitor widerrechtlich die fremde vortheilhafte Verwaltung der Sache hindert — *Mora (solvendi)*:

II. wenn ohne *mora* des Debitors in ihm der Grund einer widerrechtlichen Beschädigung oder des widerrechtlichen Verlustes der Sache des Sachberechtigten liegt — *Culpa*.

§. 2.

I. Der Debitor hindert widerrechtlich die fremde vortheilhafte Verwaltung der Sache

A. durch heimliches Wegbringen derselben in eine Lage, die der bisherigen rücksichtlich der Verwaltung des dazu Berechtigten nicht völlig gleich ist, jedoch ohne eigennützige Absicht, oder zwar in dieser, aber in der irrigen Mei-

nung, der Berechtigte erlaubte es — durch heimliche Besitz-Ergreifung der Sache in der irrigen Meinung, Eigenthümer derselben zu seyn fr. 46. §. 7. fr. 21. §. 3. fr. 83. pr. D. 47. 2. — durch Dejectio fr. 1. §§. 33. bis 41. fr. 6. fr. 19. D. 43. 16. — durch metus und dolus, wodurch die Verwaltung der Sache dem dazu Berechtigten entzogen wird fr. 9. §. 7. fr. 12. pr. fr. 14. §. 7. u. 11. D. 4. 2. fr. 18. pr. u. §. 1. D. 4. 3. Inst. 4. 6. §. 31. — durch Diebstahl — und durch Raub... Alle diese unerlaubte Handlungen begründen in dem Augenblicke, in welchem sie geschehen, die Verbindlichkeit der Sach-Restitution zur Verwaltung des Berechtigten; mithin liegt in ihnen die Zögerung, eine ohne Aufforderung begründete Leistungs-Verbindlichkeit zu tilgen — *mora* (solvendi) *ex re*. Doch wird diese, mit ihren rechtlichen Wirkungen betrachtet, nicht durch jeden Diebstahl begründet; und deswegen muß der Vf. hier die ganze Lehre vom Diebstahle und Raube vortragen... Vor allen Dingen aber ist wohl zu bemerken, daß es ein Irrthum wäre, wenn man die beiden ersteren der angegebenen Arten von *mora ex re*, weil man sie im Corpus Juris nicht gerade buchstäblich so genannt findet, als positive Facta, „deren nachtheilige Folgen man durch diligentia oder custodia abzuwenden verbunden werde", betrachten, und darin

denn

denn doch Beispiele von einem wissenschaftlichen Undinge finden wollte, mit welchem Thibaut in seiner Darstellung der Folgen der Culpa den Anfang macht. Diese beiden Arten von Verzug bewirken, wenn nicht Interpellation noch hinzukömmt, die Verbindlichkeit des Debitors zum Ersatze der Zinsen, oder der zu beziehen möglichen Früchte, auch des Zufalles, nur *ex aequo et bono*, d. h. nur in so ferne der Creditor beweisen kann, daß er Zinsen oder jene Früchte von seiner Sache würde bezogen haben, auch daß der Zufall ihn aus irgend einem Grunde nicht betroffen hätte.

Nun zur Lehre vom Diebstahl und Raub.

§. 3.

Unsere Doctrin hätte die im fr. 1. § 3. D. 47. 2. (add. fr. 25. pr. u. §. 2. D. eod. fr. 3. §. 18. D. 41. 2.) angegebenen drei Arten eigennütziger Entwendungs-Absicht wirklich mit Recht als eben so viele eigene Arten des Diebstahles behandelt, wenn sie auch von ihrer zweiten Art, nämlich von ihrem furtum usus, eigene Wirkungen hätte angeben und beweisen können. Aber Cujas wurde durch das fr. 1. §. 15. D. 47. 4. auf die Grundansicht geführt „*possessionis furtum fieri*“ *), welche wirklich viel mehr Licht

*) Der Schöpfer eines analogischen Diebstahles (nach fr. 66. pr. u. fr. 19. §. 6. D. 47. 2.) war in dieser Grundansicht mit Scävola einverstanden fr. 40. D. 9. 4.

Licht über gegenwärtige Lehre verbreitet, als er selbst geglaubt haben kann. Unter dieser Grundansicht stehen die für unseren bisher so genannten Besitzdiebstahl von je her angeführten fr. 46. §. 7. 8. fr. 59. fr. 12. §. 2. fr. 15. §. 1. 2. fr. 20. §. 1. fr. 53. §. 4. fr. 19. §. 5. 6. pr. fr. 66 pr. D. 47. 2., wonach der Eigenthümer, welcher seine Sache aus der niesbräuchlichen, oder Interesse sichernden gerechten, Detention eines Anderen eigennützig und wissentlich wider dessen Willen entwendet oder die, nur diese Detention bezweckende, Realklage (*) von sich abwendet, als ein im Sinne der frr. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. D. 47. 2. ertappter oder nichtertappter Dieb durch die actio furti zum vierfachen oder doppelten Ersatze des Betrages, nicht der Sache, sondern des entbehrten Niesbrauches oder des Detentions-Interesse's, gehalten ist, ohne Befugniß zur Abrechnung desselben bei künftiger Zahlung der Pfandschuld oder sonst irgendwo, fr. 87. fr. 79. D. 47. 2. fr. 74. D. 46. 3. fr. 22. pr. D. 13. 7. fr. 42. D. 12. 6., und ohne darum den Contractklagen minder unterworfen zu

seyn,

(*) Nämlich die serviana oder quasi serviana actio nach fr. 66. pr. circa fin. D. 21. 2. „serviana in rem actio nudam possessionem avocat„ ... Das Gesetz selbst (fr. cit. 19. §. 6. D. 47. 2.) betrachtet hier den creditor pigneratitius possessor als Detinenten.

seyn, fr. 3. D. 13. 7. (*). Diese Fälle stellen von der ersten Art des Diebstahles die erste Kathegorie dar; aber bei dieser ersten, wie bei der am Ende dieses §. S. 18. folgenden zweiten, Kathegorie vom *furtum possessionis* ist begreiflich eine juristisch wirksame mora, nach der davon §. 1. gegebenen Bestimmung, nicht überall denkbar... Wenn hingegen ein Nichteigenthümer entwendet, so kann wohl seine eigennützige Absicht entweder auf die Substanz der fremden Sache, oder nur auf den Gebrauch derselben gehen; und in diesen zweien an sich zwar verschiedenen Absichten fanden denn unsere DD. auch eine zweite und eine dritte Art des Diebstahles, ein *furtum rei* und ein *furtum usus*; jedoch, ob das *furtum rei* eine andere Privatstrafe nach sich ziehe, als das *furtum usus* — diese Hauptfrage wurde von den meisten umgangen, und von wenigen ohne weiteres aufs Gerathewohl bejaht (**). Indessen findet der Vf. auch nicht

(*) Cujas (ad leg. 79. de furtis — in *Papiniano, Frcf.* 1595. pag. 221. bis 224.) ist, wegen fr. 22. §. 1. D. 13. 7., der Meinung Azo's (*Digest. Vetus* Antverp. 1575. pag. 1434. not. m.), daß der debitor pigneratitius fur manifestus das Fünffache verliere: — von dieser Uebertreibung mündlich.

(**) Vinnius im Commentar lib. 4. tit. 1. ad §. 1. nennt

nr. 5.

nicht einmal den Ausdruck „*furtum usus*“ in dem Corpus Juris, sondern überall, wo von einem, der in eigen=

nr. 5. a. E. das *furtum usus*, läßt die actio furti dabei ganz ohne nähere Bestimmung, und ist (ad §. 6.) in Ansehung des heutigen Gebrauches der Meinung, wie sein Nachfolger Otto. — Auch Huber Praelect. jur. civ. P. I. ad lib. 4. Inst. tit. 1. nr. 4. und 9. nennt das *furtum usus*, und sagt, furti poena habe dabei Statt, ohne etwas Näheres davon anzugeben. — Otto im Commentar lib. 4. cap. I. §. 1. nennt unter 2. das *furtum usus*, und unter 3. das furtum possessionis, und definirt beide, wie sie von unserer Doctrin überhaupt definirt werden; unter 4. sagt er „*hodie, cessante duplo* et *quadruplo* (wovon beim furtum usus, vom Werthe der Sache, oder vom Werthe des gemachten Gebrauches? gibt er nicht an:) in his speciebus non est furtum, *sed lex contractus violatur*„! — Westenberg Princ. jur. civ. sec. ord. Dig. lib. 47. tit. 2. nennt nicht das *furtum* usus, sondern sagt §. 28. „decemviri furtis omnibus, quae nec manifesta appellantur, poenam imposuerunt *dupli*,“ und §. 30, wo er, seiner Methode nach, das Edict herzustellen sucht, „qui furtum fecisse .... dicetur, *quanti eam rem paret esse*, quae furto ablata esse dicitur, ejus in quadruplum .... aut ... in duplum adversus eum judicium dabo“. Hiernach wäre es glaublich, daß er richtig geurtheilt habe: aber wenn er den wahren Grund und die Wichtigkeit der actio furti eingesehen hätte, so hätte er gewiß nicht (§. 31.) gesagt, sie

eigennützigerr Absicht auf Gebrauch contrectirt, die Rede ist, schlechtweg: „*furtum facit, furtum committit, furti (actione) tenetur, furti (actione) obligatur*“ (*). Da also das Furtum in eigennütziger Absicht auf Gebrauch, dieser an sich eigenen

Ab-

sie sey schon zu Ulpians Zeiten so ziemlich eine Antiquität gewesen, wie er im fr. ult. D. 47. 2. zu finden meinte, indem er die im Schlusse dieser Stelle dem Angeklagten eingeräumte Civilklage für eine dem Bestohlenen gegebene actio furti ansah! — Lauterbach Coll. Th. Pr. lib. 47. Tit. 2. nennt das *furtum usus;* und, ohne sich darauf rücksichtlich der poena quadrupli vel dupli im §. 44. einzulassen, sagt er lib. 13. tit. 6. §. 10., heut zu Tage falle die actio furti dabei weg. — Doneau Comm. de iure civili Francof. 1596. lib. 15. cap. 29. nennt, wie Westenberg, das *furtum usus* nicht: aber, obgleich er bei der poena quadrupli vel dupli nichts vom furtum lucri usus gratia erwehnt, so gibt er doch dadurch, daß er dieses bei dem dominus gegen den Usufructuar annimmt und dasselbe dem des Commodatars gegen den dominus gleichstellt (!), sehr deutlich zu erkennen, daß er diese Rechtslehre nicht verstand. — Höpfner und Weber im Commentar §§. 1024. u. 1034. nennen das *furtum usus*, und sagen, die Klage wegen dieses furti gehe auf doppelte, jetzt einfache, Ersetzung des Schadens„!

(*) *Val. Max.* lib. 8. cap. 2. nr 4. und *A. Gell.* lib. 7. cap. 15. sagen von einem Solchen ebenfalls „*furti damnatus*“.

Absicht ungeachtet, doch nicht als verschieden von dem Furtum in eigennützger Absicht auf Substanz von unserer Gesetzgebung behandelt wird; so bleibt nur übrig, in der bei beiden Arten eigennütziger Entwendungs-Absicht die actio furti mit gleicher Wirkung hervorbringenden Contrectation (*) den gleichen Nachtheil für den Bestohlenen als Grund der gleichen Privatstrafe anzunehmen. Er liegt nach dem, durch Scävola's Grundsatz und durch fr. 17. §. 3. (**) fr. 71. §. 1. fr. 65. in

(*) Fr. 82. pr. D. 47. 2. „*ex contrectatione* eorum furtum fecisse videtur".

(**) „Illud quaesitum est, si, cum in fuga esset servus, furtum domino fecisset: an *aeque* posset habere actionem adversus eum, qui in potestatem domini non regressum bona fide possidere coeperit? Movet quaestionem, quod, quamvis possidere servum eo tempore quo in fuga est, videor, attamen furti actione non teneor, quasi non sit in mea potestate; *quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere* Iulianus scribit. Dicit IGITUR Pomponius libro 17. ex Sabino competere furti actionem huic domino, cujus servus in fuga fuit". Daß das „*igitur*„ — „eben darum„ heißt, und daß hier der Zweifelsgrund dem Classiker den Entscheidungsgrund darbot, ist klar: und daß dieser Grund nach seinem Bestehen mit der Rechtsgleichheit und Billigkeit, also als materieller Grund-

in f. D. 47. 2. ausgesprochenen Geiste des römischen Rechts, in der Unterbrechung der vermutheten Usucapionsmöglichkeit. Von diesem Gesichtspunkte nur kann und muß eine gerechte Ge-

Grund, von dem Classiker untersucht wurde, ist wieder klar. Nun aber kann ein solcher Grund nicht ohne Unsinn darin gesucht werden, „weil gegen einen Nichtdetinirenden die *actio furti* nicht Statt findet, so hat sie dieser“, wie doch herauskäme, wenn man sich das „dicit *igitur*“ unmittelbar hinter das „quasi non sit in mea potestate“ dächte. Demnach muß nothwendigerweise das „*quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Iulianus scribit*“, welches im fr. 1. §. 14. fr. 13. pr. fr. 15. D. 41. 2. erläutert ist, der Entscheidungsgrund seyn, aus welchem der Classiker unter der in dem vorgetragenen Falle liegenden Voraussetzung des fr. 21. §. 3. und fr. 7. pr. D. 9. 4. dem im Anfange und Schlusse der Stelle genannten dominus i. e. bonae fidei possessor (vergl. fr. 37. fr. 13. D. 9. 4. Cod. 3. 41. c. 1. circ. fin.. Inst. 4. 8. §. 6.) die actio furti (noxalis) zusprach.. Accurs (*Digest. Nov.* Antverp. 1575. pag. 1275. 1276.) ahnt gar nicht einen materiellen Entscheidungsgrund des fr. 17. §. 3. cit., sondern erklärt es aus der (doch wohl selbst nothwendig auf dem materiellen Grunde des fr. 17. §. 3. beruhenden) reinformalen Regel in Cod. 6. 2. const. 21., — wovon mündlich: — aber Accurs sah auch im fr. 1. §. 15. D. 47. 4., im fr. 71. §. 1., und im fr. 65. in f. D. 47. 2. nichts Merkwürdiges.

Gesetzgebung ausgehen — denn als wirklichen wahren Eigenthümer, vermöge vollendeter Usucapion oder anderer Erwerbgründe, darf sie einen Bestohlenen als solchen nie behandeln, weil alles Eigenthum doch für die äussere Rechtspflege nur präsumtiv ist, d. h. weil es keine absolute Gewissheit gibt, daß ein, sogar durch Urtheil und Recht gegen Jemanden anerkannter, Eigenthümer seine Sache durchaus gegen keinen Vindicanten oder Vindicaten je verlieren könne — dagegen kann in allen Fällen (*) der Besitz des Bestohlenen ein Usucapionsbesitz gewesen, und durch die vom Diebe geschehene Unterbrechung dieses Usucapionsbesitzes dem Bestohlenen sein leichtestes und vielleicht gar sein einziges Eigenthums-Beweismittel gegen irgend einen künftigen etwanigen Vindicanten oder Vindicaten genommen seyn. Wegen dieses möglichen Nachtheiles behandelt unsere Gesetzgebung das, was unsere Doctrin bisher als

(*) Stellen denn nicht schon in dem Pandectenrechte die Occupationen und in dem Coderrechte die Ersteigerungen vom Fiscus (Cod. 7. 37. c. 2. 3. und Cod. 10. 3. c. 5.) Fälle dar, welche als Ausnahmen von der angegebenen Regel zu behandeln sind? Die Gründe, warum nicht, sehen die scharfsinnigen Doctoren des Zeitalters des Vfs von selbst ein, und seinen Zuhörern erklärt er sie mündlich. Hier zugleich über die Note in v. Savigny's Recht des Besitzes 1806. S. 115. 116. ebenfalls mündlich.

als furtum rei und furtum usus unterschied, als *furtum possessionis civilis* völlig gleich; und diese zweite Art des Diebstahles steht denn auch unter der oben aufgestellten Scävolaschen Grundansicht. Der fur possessionis civilis ist hiernach, ohne Unterschied seiner Gewinnabsicht, durch die actio furti als ertappter oder nichtertappter Dieb zum vierfachen oder doppelten Ersatze des, seit dem Diebstahle höchsten, Gemeinwerthes der Sache, die dem Bestohlenen durch den Diebstahl verursachten Conventionalstrafen miteingerechnet, gehalten fr. 50. pr. fr. 67. §. 1. 2. fr. 80. §. 1. fr. 52. §. 29. (*agatur*) D. 47. 2.; sogar wenn er aus eigenem reumüthigen Antriebe die Sache dem Bestohlenen zurückgab, und zwar aus dem dafür im fr. 65. in fine D. 47. 2. angegebenen, jetzt wohl klaren, privatrechtlichen Grunde, der just als solcher noch nie verstanden wurde (*). Von der Verschiedenheit der Pri-

(*) Die Glosse erklärt diesen Spruch Ulpians criminalistisch. Lauterbach C. T. P. h. t. §. 47. spricht der Glosse hübsch nach. Huber Prael. iur. civ. P. III. h. t. nr. 5. findet darum Bedenken, mit Carpzov die öffentliche Strafe zu mildern. *Cyp. Regner ab Oosterga* in Censura Belg. ad leg. 65. de furt. interpretirt gleichfalls criminalistisch. Im fr. 17. §. 1. D. 21. 1. wird eben derselbe Spruch aus Celsus von Ulpian angeführt, und da hat er zwar auch eine privatrechtliche

Privatstrafe gegen den ertappten oder nichtertappten Dieb ist der Grund nicht darin zu suchen, worin ihn die Glosse, Le Conte und Montesquieu, Martucius, Lycklama, Lauterbach, und Höpfner gesucht haben, sondern wirklich, wie längst entdeckt, in der belohnenden Aufforderung zur hausväterlichen Wachsamkeit frr. 5. 7. §. 1. 2. D. 47. 2.; denn der „*alius* (Inst. 4. 1. §. 3.) *quilibet transiens*„ (Dig. 47. 2. fr. 7. §. 3) muß ein *negotiorum gestor* seyn fr. 24. §. 2. in med. D. 22. 1. Man darf aber hierbei nicht übersehen, daß alle und insonders die eine fremde Sache schon vermöge Vertrages detinirende Nichteigenthümer durch Contrectation derselben in eigennützigen Absicht zu machenden Gebrauches nur dann fures possessionis civilis werden, wenn sie wissentlich wider Willen des Civilbesitzers contrectiren fr. 46. §. 7. 8. D. 47. 2.: dieß bewähren in Beispielen fr. 5. §. 8. D. 13. 6. fr. 82. fr. 40. fr. 48. §. 4. fr. 67. §. 5. fr. 76. D. 47. 2. — und fr. 54. §. 1. D. 47. 2. vergl. mit dem Falle im fr. 30. §. 6. pr. D. 41. 2., wonach der Commodant an der mit seiner Bewilligung weiter commodirten Sache, welche der zweite Commodatar für

liche Bedeutung, aber doch eine andere als im fr. 65. D. 47. 2., obgleich er in Otto's Thesaur. T. III. pag. 540. ohne alle Erklärung für eine Gemination ausgegeben wird... Ueber alles dieß mündlich.

für das Eigenthum des ersten Commodatars halten soll („putet"), den Besitz behält, den er, ohne diese Voraussetzung, an seiner vom ersten Commodatar weiter commodirten Sache nicht behält; — endlich auch fr. 54. *princ.* D. 47. 2. vergl. mit fr. 33. §. 4. D. 41. 3., worin doch unter anderen dem Pfandgläubiger so offenbar wegen seiner Contrectation der Pfandsache in eigennütziger Absicht widerrechtlichen Gebrauches eine Unterbrechung des Usucapionsbesitzes des Pfandschuldners zur Last gelegt wird, daß es unbegreiflich scheint, wie in den älteren und noch in den neuesten Zeiten *) be-

(*) v. Savigny a. a. O. S 364. Not. 1. am Ende... Wie paßt aber dieß zum animus *domini*, ohne welchen nach Savigny (a. a. O. S. 93.) kein juristischer Besitz erworben werden soll? Der Gebrauchsdieb hätte ja nicht diesen animus domini; er hätte ihn nur eines einzelnen vorübergehenden Nutzens-Zweckes wegen; den animus, die Sache überhaupt und in allen Stücken wie Eigenthümer zu behandeln, also den wahren vollen animus domini hätte er offenbar nicht; er würde offenbar sich zum Theile und seinen Autor zum Theile als Eigenthümer betrachten! — Savigny sagt S. 93. n. 2. von einem solchen NB. factischen animus domini, dessen Möglichkeit doch hoffentlich, wenn man einmal einen factischen *animus* domini überhaupt annimmt, nicht geläugnet werden kann, kein Wort. Dagegen hält er S. 98. den animus domini, und dem-

behauptet werden konnte, das bisher so genannte furtum usus stehe der Fortsetzung des Besitzes nicht ent-

demnach auch den wahren Besitz, bei der Ausübung einer Servitut für unmöglich, aber NB. wieder, ohne sich darüber zu erklären, ob er ihn auch dann für unmöglich halte, wenn z. B. Jemand eine fremde Sache benutzte ohne seinen Gebrauch als Folge des Eigenthumes sich vorzustellen. Daher endlich rührt denn wohl auch seine Meinung S. 364. vom sogenannten furtum usus. —— Der Vf. glaubt nun freilich, daß die allgemeine Uebersetzung des animus possidendi durch animus domini nichts taugt: soviel er die Gesetze kennt, wird darin nur bei dem Usucapionsbesitze von opinio domini oder von animus, quo credit quis se dominum esse, gesprochen; allein, um den juristischen Besitz überhaupt zu bezeichnen, steht wenigstens im Corpus Juris nicht „*animus domini*“, sondern „*affectus possidendi*, *affectio tenendi* (auch im fr. 1. §. 9. D. 41. 2. wird *intellectus possidendi*, nicht intellectus domini gefordert). Theophilus erläutert zwar ad §. 4. Inst. 2. 9. ganz allgemein possessio durch „est *animo domini* detinere“, obgleich weder in dieser Copie noch im fr. 10. §. ult. D. 41. 1. diese Erläuterung steht; und ad §. 2. Inst. 3. 30. (29.) erläutert er wieder ganz allgemein „possidere est *animo domini* detinere. Allein, wenn Theophilus auch wirklich Mitverfasser des Corpus Juris gewesen wäre, was jedoch besonders innerer Kennzeichen wegen nicht zu glauben ist; so bleibt ja doch immer das richtig, was Otto im Comment. ad §. 3.

entgegen.... Aus dieser Construction des furtum possessionis civilis ergibt sich denn das Beweisverfahren dabei von selbst. Nämlich dem eines furtum possessionis civilis beschuldigten und der Entwendung geständigen oder überführten Beklagten ist der Beweis nachzulassen, daß des Klägers Besitz wirklich kein Usucapionsbesitz gewesen sey. Beweist nun der Beklagte, daß des Klägers Besitz der Sache gleich Anfangs ein Besitz in bösem Glauben gewesen war, so ist die actio furti als ungegründet zu verwerfen; denn

§. 3. prooem. Inst. pag. 17. über die Schicksale des Theophilus urtheilt. Der Vf. glaubt auch, es sey nicht nöthig, sondern irrig, für die Lehre vom Besitze überhaupt den Standpunkt zu nehmen, welchen Savigny S. 2. und 3. nimmt, daß in der Detention, und so denn auch in der Possession, die Ausübung des Eigenthumes liege: sondern die Detention an sich ist ein physischer Vortheil; wer diesen hat, und für sich, nicht für einen Anderen, haben will (was ja ohne Zweifel vernünftiger Zweck ist), der hat juristischen Besitz, ohne Unterschied, ob er diesen physischen Vortheil als eine Folge des Eigenthumes betrachtet, oder ob er dabei an das Rechtsinstitut des Eigenthumes gar nicht denkt. Endlich glaubt der Vf., daß es doch das Natürlichste ist, darum keinen wahren Besitz der Servituten anzunehmen, weil sie unkörperliche Sachen sind. fr. 3. pr. D. 41. 2.

denn ein solcher Besitzer hat keine actio furti fr. 12. §. 1. D. 47. 2.: beweist hingegen der Beklagte nur, daß die Sache aus einem anderen Grunde in des Klägers Besitze usucapionsunfähig gewesen war, so ist jener zwar keines furtum possessionis civilis, aber doch eines furtum possessionis schuldig; denn wenn ein Nichteigenthümer eine Sache aus einer in gutem Glauben angefangenen possessio oder aus einer niesbräuchlichen oder Interesse sichernden gerechten Detention wissentlich wider des Inhabers Willen entwendet, so ist dies die zweite Kathegorie vom *furtum possessionis*, worauf Privatstrafe des vierfachen oder doppelten Ersatzes, nicht des Sache-Werthes, sondern der vom Bestohlenen für und auf die Sache verwendeten Auslagen, die durch den Diebstahl ihm verursachten Conventionalstrafen miteingerechnet, oder des ihm entgangenen niesbräuchlichen oder sonstigen Detentions-Interesse's gesetzt ist fr. 52. §. 10. fr. 67. §. 1. fr. 74. (*) fr. 80. §. 1. in fine D. 47. 2. fr. 46. §. 1. 2. 3. 7. 8. D. eod. fr. 35. D. 41. 3. cf. quoq. fr. 30. §. 1. D. 41. 2.

§. 4.

(*) Bei Gelegenheit dieser Stelle mündlich über Savigny's Ansicht, daß nur Usucapion und Interdicte durch juristischen Besitz bedingt seyen.

§. 4.

Uebrigens steht nicht nur dem Civilbesitzer selbst oder seinem Nachfolger im Civilbesitze, sondern auch denjenigen, die durch wahren Vertrag die possessio oder auch nur detentio seiner Sache erhalten hatten, die actio furti zu, wenn sie nicht selbst als Diebe demselben gehalten sind, und wenn sie Interesse daran haben, daß ihnen die Sache nicht entwendet wurde fr. 47. fr. 66. §. 1. fr. 10. fr. 11. fr. 85. fr. 53. §. 3. fr. 14. §. 16. D. 47. 2. Hiernach a) steht dem creditor pigneratitius possessor die actio furti zu, wenn ihm gleichwohl nicht das mindeste Versehen in Ansehung des Diebstahles zur Last fällt; aber in diesem Falle steht sie zugleich seinem Autor zu auf das, was das Pfand mehr als die Pfandforderung werth ist; jedoch muß der creditor pigneratitius das, was er durch die actio furti erhalten hat, d. h. das Vierfache oder Doppelte des Pfand-Forderungs-Werthes, oder, wenn der Diebstahl nicht ohne sein Versehen geschehen war, das Vierfache oder Doppelte des Werthes der Pfandsache (*), dem Pfandschuldner dereinst berechnen und zurückerstatten fr. 12. §. 2. fr. 46. §. 4. fr. 14. §. 5. fr. 87. pr. fr. 15. pr. D. 47. 2. fr. 22. pr. D. 13. 7. Inst. 4. 1. §. 14. Aufs Vierfache oder Doppelte

(*) Auch in diesem Falle ist die Restitution billig, und der Grund dazu von selbst klar.

des Pfand-Forderungs-Werthes steht die actio furti dem Pfandgläubiger analogisch auch dann, jedoch wieder mit der vorhin bemerkten Restitutionsverbindlichkeit, zu, wenn das Pfand aus dem Besitze des Pfandschuldners entwendet wurde; und der Pfandschuldner hat sie nun auch wieder zugleich auf das, was das Pfand mehr werth ist, sogar wenn er selbst dasselbe aus dem Besitze des Pfandgläubigers entwendet hatte fr. cit. 12. §. 2. (*) fr. cit. 46. §. 4. fr. 49. pr. D. 47. 2. — dieß ist der erste Ausnahmsfall, wo fur furti agere possit ——: ob aber in diesem letzteren Falle der Pfandgläubiger die actio furti gegen den dritten Dieb anstellen kann, hängt insonders von der Bedingung im fr. 14. §. 6. D. 47. 2. ab, von welcher des Pfandgläubigers actio furti überhaupt abhängt. b) Dem Miethsmanne steht die actio furti zu, wenn er dem Vermiether die gestohlene Sache ersetzen muß, und ganz ersetzen kann: ist dieß bei-

(*) Cf. fr. 49. D. 50. 16. j. fr. 66. pr. circ. fin. D. 21. 2. verb. sup. pag. 6. cit. Man muß aber das fr. 12. §. 2. *med.* lesen, wie Cujas, indem sonst die in den Worten „*et sic fit etc.*„ unläugbar angezeigte Schlußfolge gänzlich verloren ginge: vergl. Cujas *Not.* prior. et poster. Colon. Agripp. 1592. p. 211. — *Observat.* lib. 11. cap. 11. und insonders lib. 16. cap. 30., wo er eine vorzüglich wichtige Folge dieser richtigen Leseart angibt.

beides, so hat der Vermiether selbst die actio furti nicht, und was der Miethsmann durch seine actio furti erhalten hat, braucht er dem Vermiether nicht zu restituiren: fehlt eins davon, so hat der Vermiether allein die actio furti fr. 12. pr. fr. 14. §. 2. u. 12. fr. 90. pr. D. 47. 2. Inst. 4. 1. §. 15. vergl. mit fr. 114. D. 50. 16. fr. 6. D. 19. 2. Sind aber Früchte vom Miethgrundstücke weg gestohlen worden, so hat der Vermiether oder der Miethsmann die actio furti, und es kömmt nur darauf an, wer von ihnen sie zuerst anstellt fr. 82. §. 1. fr. 26. §. 1. D. 47. 2. Hatte der Miethsmann selbst einen Diebstahl an der nachmals von einem Dritten gestohlenen Sache begangen, so steht ihm die actio furti nach einem bekannten Grundsatze nicht zu; aber in einem Falle, nämlich in dem des fr. 48. §. 4. D. 47. 2., wird ihm doch zu diesem Behufe sein Diebstahl, weshalb denn dort die actio furti nur gegen ihn dem Vermiether zusteht, verziehen, aus einem sehr natürlichen Grunde; und dieß ist der zweite Ausnahmsfall, wo fur furti agere possit... c) Dem Depositar steht die actio furti in der Regel nicht, jedoch dann, und zwar ohne Restitutionsverbindlichkeit des dadurch Erhaltenen an den Deponenten, zu, wenn er, wegen besonders von ihm versprochener culpa wenigstens, dem Deponenten die gestohlene Sache ersetzen muß, und ganz ersetzen kann; sonst steht die actio furti

dem

dem Deponenten zu. fr. 14. §. 3. u. 4. D. 47. 2. Inst. 4. 1. §. 17. und Inst. 4. 2. §. 2. fr. 1. §. 35. D. 16. 3. add. fr. 2. §. 23. 24. D. 47. 8... d) Dem Commodatar steht die actio furti nur dann zu, wenn er dem Commodanten die gestohlene Sache ersetzen muß, und ganz ersetzen kann, fr. 14. §. 8. 10. 15. 16. D. 47. 2., doch jetzt nur unter der Voraussetzung auch, wenn er von dem des Diebstahles kundigen Commodanten mit der actio commodati belangt worden ist oder wenn er den mit der actio commodati klagenden gleichwohl des Diebstahles unkundigen Commodanten schon befriedigt hat; in welchen beiden Fällen dieser nicht die, ihm sonst sogar nach geleistetem Verzichte auf den gegen den Commodatar schon eingeklagten Anspruch noch zustehende, actio furti gegen den Dieb mehr hat. Was der Commodatar durch die actio furti erhalten hat, braucht er dem Commodanten nicht zu restituiren; und wenn der Commodant mit der actio furti den Dieb belangt, so ist der Commodatar auf keinen Fall mehr für das gestohlene Commodat verantwortlich Cod. 6. 2. const. 22. pr. §. 1. 2. 3. Inst. 4. 1. §. 16... e) Ueber die den Nutzniesern rücksichtlich der hangenden oder stehenden Früchte, und die den Mandataren, Wirthen, Schiffsmeistern und precario Empfangenden zustehende actio furti sind zu vergleichen fr. 12. §. 5. D. 7. 1. fr. 14. §. 9. 17. u. 11. D. 47. 2.

§. 5.

§. 5.

Gegen jeden von mehreren wirklich mitcontrectirenden Dieben, worunter auch der Hehler gehört, hat die actio furti auf die volle Privatstrafe Statt, so, daß sie jeder ganz erlegen muß fr. 21. §. 9. fr. 35. fr. 48. §. 1. 3. D. 47. 2. Cod. 4. 8. c. 1.; und eben so ist auch nebst diesen der Diebshelfer, jedoch dieser immer als nichtertappt, gehalten fr. 34. D. 47. 2. — Dabei war die Auslegung der Worte des Edictes „*ope consilio*" in der Formel „ope consilio furtum factum" freilich selbst unter den Alten lange Zeit nicht im Reinen. Aber auch das fr. 53. §. 2. D. 50. 16. und Inst. 4. 1. §. 11. in Verbindung mit fr. 50. §. 3. D. 47. 2. wurden von Göddäus, Vinnius und Westenberg schlecht, und noch schlechter von Cujas und Otto, dagegen von Merille, den Otto nicht verstand, wohl nicht ganz ausführlich, jedoch richtig, erklärt. Von Sabinus und Pomponius nämlich sind im fr. 36. princ. *in fine* und §. 2. *princ.* D. 47. 2. Meinungen angeführt, welche Ulpian nicht billigte, weil sie aus der Gleichstellung (sententia [nicht ae] conjungentium) des „consilio" mit „ope" hervorgingen, Ulpian aber wie Labeo und Paulus nur das consilium nothwendigerweise, wiewohl nicht principaliter d. h. nicht gerade als die erste

Dieb-

Diebstahlsveranlassung in dem „ope" voraussetzten fr. 53. cit. circa fin. fr. 54. §. 4. D. 47. 2., hingegen selbst das speciellste consilium von dem factischen „ope" sehr nachdrücklich trennten (sententia separantium) cit. fr. 36. *princ.* fr. 50. §. 3. D. 47 2., und jenes ohne thätige Hülfe des *consilium dans* in fr. 52. §. 19. D. 47. 2. fr. 53. §. 2. *in fine* D. 50. 16. nicht geeignet hielten, gegen diesen die actio furti zu begründen. Obgleich nun hierbei die Behauptung, daß Theophilus zum Texte ein höchst unnützes Wort hinzufügte, wohl keine Sünde ist, so konnte doch Otto seine Meinung nicht ohne Lüge für die des Theophilus ausgeben *). — Ob der Diebshelfer dem Diebe in der Absicht, mit ihm den Gewinn zu theilen, oder aus Feindschafft gegen den Bestohlenen, hilft, ist einerlei cit. fr. 50. §. 1. D. 47. 2.. Doch ist die Hülfe nicht ausschließlich in körperlichen Handlungen, dergleichen im fr. 50. §. 4. und fr. 52. §. 13. D. 47. 2. vorkommen, zu suchen; denn, so richtig Ulpian, im fr. 36. pr. D. 47. 2.. unmittelbar vor der von ihm nicht gebilligten ersten Pomponiusschen Meinung, einen

*) Das „*sic enim alii condici potest, alii non potest*" im fr. 53. §. 2. med. D. 50. 16. hat Göddäus in Commentar. repet. prael. in tit. 16. lib. 50. Pandectar. (Herbornae Nassov. 1608.) pag. 564. u. 567. richtig erklärt.

einen Rath, welcher aber freilich nicht dem Diebe zum Stehlen gegeben wurde, wie Hülfe beurtheilte, so gewiß liegt diese in jedem Rathe, wodurch das Object des Diebstahles in eine dazu bequeme factische Lage kömmt, worin es ohne den Rath nicht gekommen oder nicht geblieben wäre: — demnach ist z. B. derjenige, welcher im Einverständnisse mit einem Diebe dem Titius zuredete, daß er seine zum Trocknen im Garten ausgebreiteten Tücher über Nacht darin lassen mögte, wenn diese nun von jenem Diebe wirklich während dieser Nacht gestohlen werden, als Diebshelfer mit der actio furti gehalten, obgleich Gödäus dieß für einen blosen Rath ansieht. Gegen einen Diebshelfer kann die actio furti auch dann angestellt werden, wenn gleichwohl entweder gar keine Klage oder doch keine actio furti gegen den eigentlichen Dieb Statt findet fr. 17. pr. fr. 16. fr. 36. §. 1. fr. 52. pr. u. §. 1. bis 6. D. 47. 2. fr. 1. 2. D. 25. 2. Inst. 4. 1. §. 12.

§. 6.

Nach der Ansicht des fr. 71. §. 1. in f. D. 47. 2. stand demjenigen Usucapionsbesitzer nicht die actio furti zu, für welchen, da er keine materiell wahre rechtliche Erwerbhandlung für sich hatte, nicht durch

Un-

Unwirksamwerden dieser ein positiver Nachtheil, sondern nur ein negativer Verlust durch die Nichtfortdauer seines Besitzes, aus dem Diebstahle hervorging. Diese Ansicht bezog sich demnach keineswegs auf wirklich ererbte oder durch Schenkung erhaltene Sachen fr. 47. fr. 52. §. 29. D. 47. 2., sondern nur auf den im cit. fr. 71. §. 1. genannten Fall der usucapio pro herede im Sinne des fr. 3. D. 41. 5.. Seit der const. 4. Cod. 7. 29. ist nun die usucapio pro herede im Sinne des fr. 3. D. 41. 5. (*), und eben darum das von Branchu *Observat.* cap. 20. p. 277. nebst dem fr. 3. D. 41. 5. (p. 272.) gänzlich missverstandene fr. 71. §. 1. in f. D. 47. 2. eine Antiquität geworden; denn übrigens ist der darin niedergelegte Grundsatz, neben dem des fr. 11. u. fr. 12. §. 1. D. 47. 2., nur ein überflüssiger Mit-Entscheidungsgrund, warum der Dieb, wenn er auch Caution leisten wollte, durch welche ein sich jemals meldender Eigenthümer gedeckt wäre, dennoch nicht die actio furti gegen einen anderen Dieb der gestohlenen Sache hat; in welchem Falle dem bestohlenen Civilbesitzer die actio furti zweimal, nämlich gegen einen der beiden Diebe wie gegen den anderen, zusteht fr. 76. §. 1. D. 47. 2.

§. 7.

(*) Von Thibaut über Besitz und Verjährung S. 95. Not. 2. mündlich.

§. 7.

Nach der bisherigen Darstellung lässt sich nun manches scheinbare und doch nicht eigentliche, und umgekehrt manches eigentliche und doch nicht scheinbare Furtum leicht beurtheilen — die merkwürdigsten Fälle dieser Art kommen vor in fr. 53. pr. fr. 21. §. 5. 6. 8. fr. 26. pr. fr. 43. tot. fr. 44. pr. u. §. 1. fr. 68. 69. 70. fr. 91. D. 47. 2.. Aber, da zum furtum possessionis civilis die Contrectation nur als Unterbrechungs- und Erwerb-Factum des juristischen Besitzes nothwendig ist fr. 1. §. 1. 2. fr. 46. §. 6. fr. 67. pr. D. 47. 2., so scheint sie wirklich nicht zum Furtum in dem Falle des fr. 52. §. 7. D. 47. 2. erforderlich zu seyn, indem dort der Dieb schon vor dem Entstehen seines animus celandi, in welchem er den Diebstahlsgegenstand blos behält, den juristischen Besitz desselben bereits hatte (*).

Eben

(*) Averan *Interpret. jur.* lib. I. cap. 28. nr. 24. sagt: „in l. siquis uxori §. cum creditor. ff. de furt. creditor pignus retinet et celat (?)": und: „quod in ea lege dicitur celandi animo retineri, dicitur celandi animo contrectari in l. 45. ff. pro soc.. Der Vf. hält diese Gleichstellung für ganz falsch und sprachwidrig; aber er wünschte, daß v. Savigny a. a. O. S. 367. oder S. 442. auch auf das angef. fr. 52. §. 7. D. 47. 2. sich eingelassen hätte.

Eben nach der bisherigen Darstellung nimmt sich der Vf. hier die Freiheit, noch folgende Fragen seinen Zuhörern mündlich zu beantworten: 1) Ist die Definition vom Furtum in D. 47. 2. fr. 1. §. 3. nicht wenigstens dem römischen Sprachgebrauche und der Deutlichkeit gemässer, als die in Inst. 4. 1. §. 1. nach der Spangenbergschen Ausgabe? 2) Ist nicht auch die Definition vom Furtum in *Paul.* Sent. rec. II. 31. 1. untadelhaft, wenn man die allgemeine Bedeutung von „res aliena“ vor Augen hat? 3) Ist es nicht eigentlich eine Kleinigkeit, wegen welcher über die Definition vom furtum bei Theophilus von den berühmten Männern Marcilius, van Vryhoff, und Reitz soviel contra, pro, und praeter geschrieben wurde? 4) Liegt hingegen nicht etwas ganz Anderes in dieser Theophilusschen Definition, welches wieder ein ziemlich wichtiges inneres Kennzeichen ist, daß Theophilus wirklich die Pandectenlehre de furtis nicht verstand, und kein Mitverfasser des Corpus Juris war? 5) Behandelt der Art. 170. der P. G. O. das *furtum lucri usus gratia* nicht nach römischem Rechte? 6) Ist es nicht eine gar zu humane Behandlung, daß unsere Praxis, aus lauter Rücksichten auf die Verschiedenheit der heutigen Civil- und Criminal-Justitzverfassung von der römischen, dem Diebe auch nicht einmal eine einfache Privatstrafe auferlegt, und durch dergleichen Erkennt-

nisse *eventualiter* selbst dem Bestohlenen seine Sache stiehlt? — Dann 7) werden dem Vf. seine Zuhörer es nicht übel nehmen, daß er sie in den Pandectenvorlesungen mit diesem Rechtskapitel plagt, obgleich man darüber auch in der dritten Auflage des Thibaut-schen Pandectenrechts-Systemes noch nicht ganz zehn Zeilen, und in diesen, namentlich in den §§. 965. 892. 889. 863. 653. 305., keine Ansicht, nicht einmal einen Wink, für die Interpretation, sondern nur ein fehlervolles quid pro quo findet.

§. 8.

Nebst der actio furti stehen einem bestohlenen Contrahenten auch seine ohnehin begründeten Contractklagen gegen den Dieb zu fr. 42. D. 19. 2. fr. 5. §. 8. D. 13. 6. fr. 45. D. 17. 2.; und dem bestohlenen Eigenthümer als solchem stehen nebst der actio furti auch die rei vindicatio oder die condictio furtiva zu fr. 54. §. 3. fr. 76. in fine D. 47. 2. fr. 7. §. 1. D. 13. 1..

Die condictio furtiva, welche auch hin und wieder (*) actio furti genannt wird, kann nicht mit den

(*) Vergl. fr. 14. §. 16. D. 47. 2. fr. 71. pr. D. eod. fr. 9. D. 13. 3. fr. 3. §. ult. D. 4. 9.

den Contractklagen zugleich angestellt werden fr. 71. pr. D. 47. 2. fr. 34. §. 1. D. 44. 7.. Sie steht dem Eigenthümer, dem Besitzer in gutem Glauben, und dem Vormunde zu fr. 1. D. 13. 1. fr. 136. D. 50. 17. fr. 56. §. 4. D. 47. 2.. Demnach steht sie dem Nutznießer nur, wenn er Eigenthümer der gestohlenen Früchte ist, als solchem zu fr. 12. §. 5. D. 7. 1. (*), und als condictio furtiva *incerti* d. h. *possessionis* auch dem Pfandgläubiger fr. 12. §. ult. D. 13. 1. fr. 25. §. 1. D. 47. 2.; aber sonst keinem Sachberechtigten, sogar dem Legatar einer dem Erblasser gestohlenen Sache nicht fr. 10. §. 2. 3. fr. 11. D. 13. 1. Auf den Erben desjenigen, der sie hätte anstellen können, geht sie über fr. 11. D. 13. 1.. Gegen den Diebshelfer hat sie nicht Statt frr. 5. 6. D. 13. 1., aber gegen jeden mehrerer mitcontrectirenden Diebe, wie auch mehrerer successiven, aufs Ganze, so, daß durch Zahlung desselben von einem aus jenen die übrigen befreit werden Cod. 4. 8. c. 1. fr. 76. in f. D. 47. 2.. Sie geht auch gegen die Erben desjenigen, gegen welchen sie hätte angestellt werden können, und zwar aufs Ganze, und ohne Rücksicht, ob sie etwan aus dem Delicte des Erblassers reicher sind, oder nicht, jedoch

(*) Die nähere Erklärung dieser Stelle aus fr. 25. §. 1. und fr. 70. D. 7. 1. mündlich.

jedoch nach dem Verhältnisse ihrer Erbraten fr. 1. pr. D. 47 1. fr. 2. fr. 5. fr. 7. §. 2. f. 9. D. 13. 1. Sie hat überhaupt gegen alle ihr unterworfene Personen auch dann Statt, wenn das gestohlene Object sogar durch Zufall sollte weggekommen oder zu Grunde gegangen seyn fr. 3. fr. 8. pr. fr. 20. D. 13 1.; denn der Dieb ist sofort in mora; und dieß ist der Fall auch insonders in der Person des fur lucri usus gratia, indem dieser durch seinen Willen für sich zu besitzen den zwischen ihm und dem Bestohlenen etwan begründeten Vertrag sofort aufhebt, mithin sofort das von ihm gestohlene Vertragsobject zurückzugeben verbunden ist, und darum gegen ihn sofort die Contractklage oder die wegen ihres Zwanges zum Ersatze des Zufalles noch bessere condictio furtiva vom Bestohlenen angestellt werden kann frr. cit. u. fr. 16. D. 13. 1.. Daß man den seit dem Diebstahle höchsten Gemeinwerth nebst seitdem zu beziehenden Früchten der gestohlenen Sache, aber nicht ein Mehreres, mit der condictio furtiva einklagen kann, liegt in frr. 3. 13. 14. (*) und insonders im fr. 8. §. 1. 2. D. 13. 1. add. fr. 62. §. 1. D. 6. 1.; und der Grund, warum man damit nicht auch das lucrum *extra* rem ein=

(*) Ueber die condictio furtiva in den Fällen des fr. 14. §. 3. D. 13. 1. und fr. 52. §. 14. D. 47. 2. seit Inst. 2. 1. §. 25. mündlich.

einklagen kann, ist wohl kein anderer als der, weil man durch die zugleich zuständige actio furti ohnehin ein wahres lucrum extra rem als Privatstrafe erhält.

Die condictio furtiva fällt wieder weg, wenn entweder der Dieb nach von ihm geschehenem gehörigen Anerbieten der gestohlenen Sache nicht mehr als morosus gehalten ist fr. 8. pr. D. 13. 1. Cod. 4. 8. c. 2.; oder wenn der Bestohlene seine Sache wieder, oder den Werth dafür, erhalten hat fr. 10. pr. fr. 14. §. 2. D. 13. 1.; oder wenn er das Eigenthum derselben auf einen Anderen übertragen hat fr. 10. §. 2. 3. fr. 12. D. 13. 1.; oder endlich wenn durch eine Novation die Obligation aus dem Diebstahle getilgt worden ist fr. 17. D. 13. 1.

§. 9.

Der Raub unterscheidet sich vom Diebstahle nur durch die Gewalt, welche jenen characterisirt. Die Quellen, Dig. lib. 47. tit. 8. und Inst. 4. 2., sind hier von selbst klar, und bleiben demnach ganz dem mündlichen Vortrage überlassen. Besonders merkwürdig sind jedoch das fr. 2. §. 23. 24. und fr. 5. D. cit. tit., welches letztere aus derselben Grundansicht, woraus das fr. 65. D. 47. 2., zu erklären ist. Uebrigens

gens findet die actio furti manifesti aufs Vierfache als reine Privatstrafe nur gegen den ertappten Räuber Statt, was sehr deutlich aus fr. 52. §. ult. D. 47. 2., wo am richtigsten für „tollentem“ — *tollente*“ gelesen wird, in Verbindung mit fr. 80. §. 3. D. 47. 2. und mit fr. 1. D. 47. 8. fr. 88. D. 47. 2. Inst. 4. 2. *princ.* hervorgeht; und hiernach ist ja wohl der Vortheil der actio vi bonorum raptorum poenalis *mixta*, wodurch der Beraubte vom nichtertappten Räuber einfachen Ersatz nebst Strafe des Dreifachen einklagen kann, so auffallend, daß jene Sonderbarkeit, welche Höpfner §. 1042. Not. 2. nach Thomasius auflösen will, zumal seit Lycklama geradezu in das Reich der Träume verwiesen werden darf.

Decretum Divi Marci. Cod. 8. 4. *c.* 7.. *Dig.* 4. 2. fr. 12. §. 2. fr. 13.. *Inst.* 4. 2. §. 1. *Digest.* 47. 9. fr. 1. sq... *Cod.* 1. 11. c. 6.

§. 10.

Warum der Vf. bei dieser Lehre Feuerbachs Kleinschrods und Kliens Darstellungen derselben nicht ein einzigesmal berührt hat, wird jeder, der diese Schriften kennt, von selbst sehen. Es galt hier auch keinem anderen Zwecke, als dem, die Zuhörer mit einem Vortrage von dem Furtum zu unterhalten,

welcher selbst wenigstens sie an eine Construction dieses Delictes fürs deutsche peinliche Recht nicht erinnern sollte; für welches der Vf. ohnehin den Ansichten seiner Vorgänger, so wie den seinigen §§. 3—7. enthaltenen selbst, fast alle Brauchbarkeit in seinen criminalistischen Vorlesungen abgesprochen hat. Uebrigens konnte das Furtum überhaupt nicht als widerrechtliche Hinderung der Fortdauer der fremden Sachverwaltung dargestellt werden; denn das furtum lucri usus gratia bewirkt moram aus dem dafür §. 8. S. 31. angegebenen Grunde (*), welcher in der widerrechtlichen Hinderung des Anfanges der fremden Sachverwaltung besteht.

§. 11.

Der Debitor hindert auch widerrechtlich die fremde vortheilhafte Verwaltung der Sache,

B. wenn er die vermöge rechtsgültigen und klagbaren Vertrages versprochene Leistung eines Genus oder Individuums, nach einer vom Creditor geschehenen gehörigen Interpellation, nicht erfüllt fr. 88. D. 50. 17. fr. 40. in f. D. 12. 1. fr. 127. D. 45. 1; und diese *mora* heißt unserer Doctrin *mora ex persona*, den römischen Classikern aber *mora* ohne Zusatz fr. 32. pr. D. 22. 1.

§. 12.

(*) Analogisch scheint er angewendet in Cod. 4. 65. c. 3.

§. 12.

Die gesetzlichen gemeinen Wirkungen dieser *mora* ohne Zusatz sind — Erstens die Verbindlichkeit des Debitors, Zinsen für den dem Creditor möglichen Gebrauch bis zur Ablieferung des schuldigen Geldes in den Geschäften des guten Glaubens, jedoch auch in diesen das *tempus judicati* abgerechnet, zu ersetzen fr. 24. D. 16. 3. fr. 32. §. 2. fr. 1. §. 2. D. 22. 1. (nicht entgegen dieser letzteren Stelle sind fr. 41. D. 5. 1. und Cod. 7. 46. c. 1. nach Noodt): in den Geschäften des strengen Rechtes begründete nur Stipulation, hingegen weder *mora* noch *litiscontestatio*, die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen fr. cit. 32. §. 2. arg. fr. 38. §. 7. D. 22. 1. Cod. 4. 32. c. 3. Cod. 3. 1. c. 1.; aber die durch Stipulation begründeten Zinsen wurden durch erfolgte *litiscontestatio* nicht, sondern nur durch das *tempus judicati*, gehemmt c. 1. Cod. 3. 1. fr. 18. D. 46. 2. fortges. im fr. 35. D. 22. 1. vergl. mit dem „*curret*„ im fr. 2. D. 41. 6. add. fr. 90. D. 45. 1. fr. 29. D. 46. 2. frr. 86. 87. D. 50. 17. (nicht entgegen sind fr. 31. D. 12. 1. und fr. 34. D. 22. 1., ebenfalls nach Noodt): nach dem *tempus judicati* laufen, jetzt sofort, die hohen *usurae rei judicatae* l. un. C. Theod. de usur. rei judic.. C. Iustin. 7. 54. c. 2. 3.: — Zweitens

die Verbindlichkeit des Debitors, in den Geschäften des guten Glaubens die von dem schuldigen nichtfungibelen Genus oder Individuum überhaupt zu beziehen möglichen Früchte zu ersetzen, und den nämlichen Ersatzwerth auch sogar im Falle eines casuellen Unterganges, freilich von dann an nicht eigentlich für mögliche Früchte, sondern als eine Vergütung für entbehrte Nutzung der durch jenen Untergang sogleich fällig werdenden Geld-Entschädigung, zu leisten, beides bis zur Zeit des Endurtheiles und nach dem *tempus judicati* wieder bis zur Zahlung, fr. 3. pr. u. §. 1. frr. 8. 34. 38. §§. 7. 10. 15. D. 22. 1. insonders fr. 17. §. 1. D. 6. 1. vergl. mit den vom *bonae fidei* Besitzer handelnden frr. 33. 79. D. eod. (weder nach Cujas, noch nach Ant. Faber, sondern nach Constantinäus bei Otto): in den Geschäften des strengen Rechtes wurde da, wo die Forderung nicht auf Rückgabe des Eigenthumes ging, die nämliche Schuldigkeit des Debitors erst durch *litiscontestatio*, und durch *mora* nicht einmal die zur Erstattung bezogener Früchte, begründet fr. 38. §. 7. fr. 2. fr. 3. §. 1. D. 22. 1.: der Grund dieser Zinsen- oder Früchten-Ersatzverbindlichkeit in den Geschäften des guten Glaubens liegt in der Rechtsvermuthung, „daß der Creditor, wenn der Debitor die Tradition nicht verzögert hätte, das Geld auf Zinsen ausgeliehen,

hen, oder das nichtfungibele Genus oder Individuum zum Gewinne der überhaupt zu beziehen möglichen Früchte benutzt haben würde„: — Drittens die Verbindlichkeit des Debitors, den verschlechternden oder vernichtenden Zufall, der sich an dem Verbindlichkeitsobjecte ereignet, d. h. den Werth, welchen der Creditor durch möglichen Verkauf desselben gewonnen hätte, zu ersetzen. Der Grund dieser Verbindlichkeit des morosen Debitors liegt gleichfalls in der Rechtsvermuthung, daß der Creditor das Verbindlichkeitsobject, wenn der Debitor die Tradition desselben nicht verzögert hätte, verkauft haben würde „POTUIT *acceptum vendere*„ fr. 47. §. 6. fr. 108. §. 11. D. 30. fr. 26. D. 32. j. Cod. 6. 47. c. 3. frr. 23. 24. 82. §. 1. D. 45. 1. fr. 91. §. 1. circa fin. D. eod. fr. 58. §. 1. D. 46. 1. fr. 31. pr. D. 46. 2. fr. 21. pr. fr. 23. D. 13. 5. fr. 24. §. 2. in f. D. 22. 1. fr. 5. D. 12. 1. fr. 45. D. 44. 7. fr. 5. §. ult. D. 12. 3. fr. 30. §. 1. D. 12. 2. fr. 56. pr. D. 23. 3.. Auf einen Beweis des Creditors, daß er es alsdann wirklich verkauft haben würde, kömmts also durchaus nicht an; dagegen läßt die Natur jener Rechtsvermuthung, und selbst das Gesetz deutlich genug, dem Debitor den Beweis nach, daß dem Creditor der Verkauf völlig unmöglich gewesen seyn würde fr. 15. §. 3. D. 6. 1. v. „*si forte*„; nur darf man diesen Beweis nicht

nicht auf rechtliche Hindernisse des Verkaufes mit Doneau (comm. jur. civ. lib. 16. cap. 2. pag. 603. in f.), und noch viel weniger auf gleichwohl bedeutende Unwahrscheinlichkeiten einer Verkaufsgelegenheit mit Duaren und Siphan, ausdehnen. Uebrigens ist es schon an sich, besonders aber aus der Vergleichung des cit. fr. 15. §. 3. D. 6. 1. mit fr. 14. §. 1. D. 16. 3. ganz klar, daß Gajus, erweislich unter Hadrian und unter Marc-Aurel, wirklich eine unrichtige Meinung des Sabinus und des Cassius vertheidigen wollte, obgleich nach Doneau das „*utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori*„ für den vom Ersatze des Zufalles befreit seyn wollenden Debitor die Auflage des Beweises enthalten soll, daß die Sache bei dem Creditor gleichfalls zu Grunde gegangen seyn und NB. dieser sie nicht verkauft haben würde. So unrichtig es nun auch ist, daß Duaren, Cujas, Doneau und Siphan das cit. fr. 14. §. 1. D. 16. 3. als geltendes Recht nach der eben angeführten Interpretation behandelten; so wurde dieses Unrichtige doch erst durch unsere neuere Doctrin practisch gefährlich, indem diese bisher nach dem nämlichen Fragmente, ohne Rücksicht auf die gegen den morosen Debitor streitende gesetzliche Vermuthung des Verkaufes der Sache von Seiten des Creditors, nur

auf

auf den vagen Beweis „daß die Sache bei dem Creditor durch denselben Zufall wie bei dem morosen Debitor verschlechtert worden oder zu Grunde gegangen seyn würde, durch Brand, durch Tod u. s. w.", die Befreiung des morosen nichtdiebischen Debitors von dem Ersatze des Zufalles gründete. Mitunter wollte man diese falsche Behauptung aus fr. 14. §. 11. in fine D. 4. 2. verb. „*sed et si non culpa — itaque interdum etc.*, und allgemein aus fr. 12. §. 4. D. 10. 4. rechtfertigen. Bei dem cit. fr. 14. §. 11. D. 4. 2. nahm man zwar gewisse schlechte Emendationen nicht an, auch nicht die schlechten Erklärungen von Suerin und von Lycklama, auf den Noodt ausdrücklich, wie sein Lehrer van Greve stillschweigend, sich der Kürze wegen bezogen; aber man hätte diese Stelle in ihrem Bezuge auf den rechtlich vermutheten Verkauf von Seiten des Verletzten mit derjenigen Schärfe erklären sollen, mit welcher Doneau dieß that, der nur den Ausdruck „*interdum*„ für „*interim*„ (vergl. u. a. fr. 16. §. 1. in med. D. 4. 8.) übersah und umging. Dann würde auch das cit. fr. 12. §. 4. D. 10. 4., gleichwohl nur vom Ersatze des Todesfalles erklärt, dennoch nicht die mindeste Irrung veranlaßt haben, wenn man nur das „*interdum*„ auf den Unterschied zwischen dem Besitzer in bösem und dem in gutem Glauben (fr. 40. pr. D. 5. 3.) bezogen und das

„*tanto*

„*tanto magis*„ für ein „*a potiori*„ ausgelegt, oder wenn man bedacht hätte, daß Paulus eigentlich vom Ersatze des Interesse's überhaupt, auch desjenigen, welches ein Verbleiben des Sclaven bei dem Herrn voraussetzt, wie im fr. 6. in fine D. 43. 16., redete.

Anmerkung. Nach welchem Zeitpunkte die Höhe des Sachewerthes, den der morose Debitor leisten muß, zu berechnen ist, wird schicklicher unten vorgetragen. — — Der Vf. muß aber hier noch Folgendes bemerken. 1) Es gibt weiter keine gesetzliche gemeine Wirkungen der *mora solvendi* als die drei bisher angegebenen; denn die von Thibaut §. 103. unter nr. II. 2. 4. 5. angezeigten Rechtsverhältnisse sind keine Wirkungen von *mora*, sondern setzen theils keine mora, theils mehr als mora, voraus; wovon das Nähere mündlich. 2) Da Thibaut den Unterschied der neueren gemeinen Doctrin in Betreff der Schuldigkeit des morosen Debitors zum Ersatze des Zufalles jetzt verwirft, und diese Schuldigkeit nach den Gesetzen für unbedingt hält; so stellt die nr. II. 3. jenes §. einen zumal aus den Allegaten in der Note c. das. trefflich bewiesenen Pleonasmus dar, welcher von überaus mystischen Principien zeugt. 3) Thibaut erklärt jetzt die Regel, daß der Säumige die Gefahr trägt, für so unbedingt nach den Gese-

Gesetzen, daß vor allen Dingen das „*si* forte„ im fr. 15. §. 3. D. 6. 1. in ein „*cum* forte„ umzuschaffen wäre. Hierbei zugleich mündlich über den Zustand der Thibautschen Exegese in dieser Lehre, auch über die Frage, ob Thibaut nach dem fr. 14. §. 1. D. 16. 3. vergl. mit fr. 47. §. 6. D. 30. u. a. Frr.., seinem Interpretationsgrundsatze §. 35. VI. in fine gemäß, als Jurist entschieden habe. 4) Von den höheren Gründen der römischen Theorie über den dem morosen Debitor gesetzlich auferlegten Ersatz steht freilich bei Thibaut nichts; sie gewähren aber das schönste Licht nicht nur für das bisherige, sondern auch für das folgende Detail, mit welchem sie zu verbinden sind.

§. 13.

Die Realisirung der drei im §. 12. abgehandelten Erwerbmöglichkeiten liegt in dem Gebiete der Verwaltungsausübung allerdings als eine mögliche; aber eben als eine solche ist sie viel zu ungewiß, um dem Debitor für eine mögliche Vereitlung derselben durch sein Nichttradiren zu der, in der Natur des Vertrages an sich nur, begründeten Traditionszeit den Ersatz gerechterweise auferlegen zu können. Zur Rechtfertigung einer solchen Ersatzauflage muß diese Vereitlung und jene Realisirung der obigen

obigen drei Erwerbmöglichkeiten nicht bloß möglich, sondern höchstwahrscheinlich seyn. Darum und weil in allen dieser *mora* angehörigen Fällen der Debitor als solcher kein Verbrecher ist, sondern in der Willkühr des Creditors ein mitwirkender Grund des Daseyns der Verbindlichkeit liegt — wird die gesetzliche Vermuthung, „daß der Creditor, wenn der Debitor die Tradition nicht verzögert hätte, das Geld auf Zinsen ausgeliehen, oder das nichtfungibele Genus oder Individuum zum Gewinne der überhaupt zu beziehen möglichen Früchte benutzt, oder das Verbindlichkeitsobject verkauft haben würde,, beim Nichttradiren zu der, in der Natur des Vertrages an sich nur begründeten Traditionszeit nicht, wie bei Dejectio, metus und dolus, Diebstahl und Raub aus gesetzlichem Hasse gegen den Verbrecher, sofort von selbst begründet, sondern erst durch eine von dem Creditor an den Debitor oder dessen Vorgesetzten (fr. 24. D. 45. 1.) geschehene Interpellation d. h. Aufforderung zur Tradition. Jedoch so lange ein Debitor nicht überzeugt ist oder nicht in Rechten angenommen wird er sey überzeugt, daß er eine gewisse Verbindlichkeit zu tilgen habe; so lange darf er über das Daseyn derselben Prozeß führen fr. 79. pr. D. 5. 1. Cod. 7. 51. c. 5. §. 1. fr. 40. pr. D. 5. 3. fr. 99. D. 50. 17.; und in Ansehung des Daseyns des Traditionstermines ist es natür-

licher-

licherweise eben so. Darum ist denn diese *mora* nicht denkbar ohne des interpellirten Debitors Dolus d. h. ohne sein affectirtes (oder grobes) Nichtwissen, wann der Creditor von ihm die Tradition zur Verwaltung mit Recht erwarte; oder, was dasselbe ist, diese *mora* setzt eine von dem Creditor an den Debitor geschehene Interpellation voraus, welche diesen in bösen Glauben versetzt, so, daß man sagen kann: „der interpellirte Debitor wollte lieber streiten d. h. einen nach seiner eigenen Ueberzeugung faulen Prozeß führen, als seine Verbindlichkeit erfüllen,, fr. 82. §. 1. in fine D. 45. 1. fr. 63. D. 50. 17. fr. 24. pr. fr. 47. fr. 21. in fine fr. 22. fr. 23. pr. D. 22. 1. Und die Gesetze erfordern eine solche Interpellation zur Begründung der *mora* wirklich bei allen §. 12. angezeigten vertragsmäßigen Verbindlichkeiten zum Geben, nicht nur bei den einseitigen fr. 23. D. 45. 1., sondern auch bei den zweiseitigen nebst der vom Creditor seiner Seits geschehenen oder gehörig angebotenen Erfüllung, wo er vorerst hierzu um nicht den Einwand des nichterfüllten Contractes gegen sich zu haben schuldig ist. — Diese Interpellationsnothwendigkeit wurde unrichtig von Hotman, Westenberg, Huber, Noodt und Schulting beim Kaufcontracte, und noch unrichtiger von Thibaut und Anderen gar bei allen zweiseitigen Geschäften

schäften misskannt: denn daß der Käufer von Zeit der geschehenen Sach-Tradition an den Kaufschilling verzinsen muß, dieß wird im fr. 13. §§. 20. 21. D. 19. 1. so wie auch in Cod. 4. 32. const. 2. auf des Käufers *facultas fructus percipiendi*, und in Cod. 4. 49. c. 5. ausdrücklich nicht auf *mora*, gegründet; und im fr. 5. §§. 1. 2. D. 19. 5. ist die Rede nicht vom Interesse *morae*, sondern von einem auf anderen Gründen beruhenden Interesse, insonders am Ende des ebenangeführten §. 1. davon, daß der (nichtinterpellirende) Creditor den Zufall tragen, der (nichtinterpellirte) Debitor hingegen nur *culpam* leisten müsse, was doch im Falle der mora des Debitors ganz anders ist. Diese Stellen sind also etwas mehr als nichtbeweisend für Thibaut, obgleich er (im Syst. d. P. §. 105. Not. z) sichtbar vieles Gewicht darauf legt; und Statt seines Schiefblickes in Betreff des auch dabei von ihm angeführten zwar ausdrücklich von mora aber NB. im Falle einer promissa repraestatio *intra statuta tempora* sprechenden fr. 47. D. 19. 1. hätte er nebst den frr. 23. 24. D. 45. 1. fr. 24. §. 2. in f. D. 22. 1., die ja doch hoffentlich auch von onerosen Geschäften zu verstehen sind, noch mehrere sehr deutliche Stellen kennen lernen und zur Berichtigung seines groben Irrthumes benutzen sollen. Unter diesen Stellen zeichnen sich insonders aus Cod. 2. 41. c. 3., fr. 17. §. 4. D.

22.

22. 1., fr. 17. *in med.* D. 18. 6., Cod. 4. 49. c. 13. *in fine*; und Cod. 4. 54. c. 5 *circa finem*; wobei der Vf. hier zur Interpretationsleitung höchstens noch zu bemerken hat, daß das „*contractus bonae fidei moram* (i. e. interpellationem) DESIDERANT", nach dem ganzen Sinne der ersten dieser Stellen auf die Verbindlichkeit zum Zinsenersatze (welche in den Geschäften des strengen Rechtes bekanntlich nicht durch *mora* begründet wurde), also eben sowohl auf die Verbindlichkeit zum Ersatze der zu beziehen möglichen Früchte, und um so mehr auf die Verbindlichkeit zum Ersatze des Zufalles geht; sodann daß die beiden letzteren der angeführten Stellen Fälle voraussetzen, wo der Käufer von der ihm tradirten Sache ihrer Natur nach keine Früchte beziehen konnte (add. fr. 113. §. 1. D. 45. 1.). Obgleich nun bei allen §. 12. angezeigten vertragsmäßigen Verbindlichkeiten zum Geben, wie bisher bewiesen, ohne eine den Debitor in bösen Glauben versetzende Interpellation eine widerrechtliche Hinderung der fremden vortheilhaften Sachverwaltung d. h. eine juristisch wirksame *mora* nicht denkbar ist; so versteht es sich doch übrigens von selbst, daß diese *mora* bei geschehener Festsetzung eines Ortes, wo eine bewegliche Sache oder Geld tradirt werden soll, wie auch bei dem Versprechen einer unbeweglichen Sache, wobei die *traditio longa manu* unmöglich ist, erst nach einem seit geschehener In-

Interpellation vergebens abgelaufenen, der wirklichen Traditions-Verrichtung angemessenen Zeitraume eintritt fr. 137. §. 2. frr. 60. 73. pr. (fr. 141. §. 4.) D. 45. 1. fr. 2. §. 6. D. 13. 4. fr. 186. pr. D. 50. 17. Inst. 3. 16. (15.) §. 5. — Ist schon in dem zwischen dem Creditor und dem Debitor geschlossenen Vertrage voraus eine Zeit als Traditions-Termin bestimmt, so macht diese anticipirte Interpellation eine nachherige überflüßig, *dies interpellat pro homine;* der Debitor muß alsdann im Traditions-Termine von selbst die Leistung den im fr. 24. §. 2. D. 22. 1. benannten Personen anbieten fr. 23. D. 44. 7. frr. 77. 114. D. 45. 1. Cod. 8. 38. c. 12. (nach der Emendation von Cujas *Observ.* lib. 19. c. 37.); und wenn der künftige Eintritt einer Bedingung als Traditions-Termin verabredet ist, so nimmt analogisch die *mora* des Debitors auch ohne nachherige Interpellation ihren Anfang in dem Zeitpunkte, wo ihm der wirkliche Eintritt dieser Bedingung bekannt wurde oder ohne große Unwissenheit nicht unbekannt bleiben konnte.

Was die Interpellations-Form betrifft, so ist Coras durch das freilich auch von Accurs, Noodt u. A. schlecht erklärte fr. 32. §. 1. D. 22. 1. in Verbindung mit fr. 122. §. 3. D. 45. 1. fr. 38. pr. D. 4. 4. fr. 59. §. 5. D. 17. 1. zu einer auch an sich sehr ungründlichen Meinung verleitet worden; denn

in den dreien letzteren Stellen wird eine Wiederholung der Interpellation nur erzählt, nicht vorgeschrieben; und nach fr. 32. §. 1. cit. verb. mit fr. 20. §. 11. D. 5. 3. ist zwar nicht eine ad domum latitantis debitoris (fr. 4. §§. 5. 6. D. 39. 2.) oder seinem Bevollmächtigten oder Gesinde geschehene und nicht zu seiner Wissenschaft gelangte, aber jede andere einmalige, vom Creditor oder von seinem Geschäftsführer geschehene, aussergerichtliche Interpellation (interpellatio, auch conventio d. h. admonitio extrajudicialis Cod. 1. 3. c. 46. §. 4. vergl. mit fr. 59. §. 5. D. 17. 1. fr. 122. §. 3. D. 45. 1. Cod. 4. 66. c. 2. in med.) zur Begründung dieser mora hinreichend fr. 24 §. 2. D. 22. 1. *Vicat* Vocab. Iur. voc. „*procurator*".

Noch ist es wichtig, für die selbst von Doneau und Noodt nicht gründlich gegebene Exegese des fr. 32. *princ.* D. 22. 1. zu bemerken, daß diese wegen der dabei nöthigen Versetzung des Debitors in bösen Glauben schwer zu beurtheilende *mora* ohne Zusatz, classisch so; und weil sie durch persönliche Interpellation entsteht, in unserer Doctrin *mora ex persona* genannt, allein die eigentliche *mora* ist, indem sie eine für sich bestehende Unrechtlichkeit darstellt. Hingegen die aus den Rubriken des §. 2. entstehende *mora* ist eine einer anderen

prin-

principalen hinzukommende Unrechtlichkeit, welcher darum die Gesetze die Bezeichnungen mora *in rem* (Cod. 4. 7. c. ult.), mora quam quis *semper* facere *videtur* (fr. 8. §. 1. fr. 20. D. 13. 1.) geben, auch eben deswegen wohl den Namen der (classischen) *mora* absprechen, wie z. B. im fr. 1. §. 1. D. 22. 1. j. fr. 45. D. 47. 2.; und unsere Doctrin nennt sie *mora ex re*. Um aber alle Irrungen zu verhüten, welche etwan durch Benennungsähnlichkeiten entstehen könnten, will der Vf. hier zugleich darauf aufmerksam machen, daß die mora *in re*, wovon fr. 23. §. 1. und fr. 38. §. 1. D. 22. 1. handeln, eine subsidiarische von der *mora* ohne Zusatz (*ex persona*) ist; und daß, wenn der Debitor einen Leistungstermin, den die Gesetze vorgeschrieben haben, nicht von selbst einhält, dieß mora *re ipsa* heißt, welche aber keine andere Wirkungen hervorbringt, als die, welche ihr von den Gesetzen ausdrücklich beigelegt worden sind; worüber z. B. fr. 15. D. 26. 7. Cod. 5. 12. c. 31. §. 2. Cod. 5. 13. c. un. §. 7. und insonders die im fr. 87. §. 1. D. 31. angezogene, von Thibaut (Syst. §. 279.) sehr fehlerhaft interpretirte, so, wie sie Noodt nach der mündlichen Mittheilung seines Schülers van de Water las, zu lesende const. 3. Cod. 2. 41. zu vergleichen sind. add. fr. 17. §. 3. D. 22. 1. fr. 26. §. 1. in fine D. 40. 5.

§. 14.

Das Ausleihen des Geldes auf Zinsen wird durch die Interpellation wirklich schon an sich höchstwahrscheinlich. Warum aber vermöge dieser auch der Gewinn der möglichen Früchte und sogar der Verkauf der Sache höchstwahrscheinlich seyn sollen, darüber hat die Rechtsphilosophie den schlichten Verstand zu belehren. Soll nämlich der Creditor der Interpellation speciell hinzusetzen „er wolle die möglichen Früchte gewinnen", so könnte er für natürliche Zufälle immer und für andere häufig keinen Ersatz verlangen: soll er ihr speciell hinzusetzen „er wolle die tradirte Sache sofort verkaufen", so könnte er nie Ersatz der möglichen Früchte oder des gestiegenen Gemeinwerthes verlangen: soll er endlich mit beiden Zusätzen zugleich interpelliren, so wäre dieß der größte Unsinn. Demnach macht die allein übrigbleibende allgemeine Interpellation für den Gewinn der möglichen Früchte wie für den Verkauf der Sache die gerechterweise möglichste Wahrscheinlichkeit; und diese muß der Gesetzgeber hier behandeln wie die höchste, weil er sonst völlig blindlings den Morosen begünstigen und den Berechtigten eventuell um Alles bringen müßte (add. fr. 51. §. 2. D. 9. 2.).

§. 15.

Nichtübertriebene Sicherheits-Maasregeln vor wirklicher Leistung, damit diese nicht dereinst noch einmal, oder auch damit sie nicht von den Bürgen gefordert werden möge, entschuldigen den interpellirten Debitor von der *mora* frr. 21. 22. D. 22. 1.. In so ferne das technisch so genannte *impedimentum naturale* oder *incommodum rerum quae promittuntur* (*si per rerum naturam stetit, quominus* etc.) d. h. objectiver zufälliger oder rechtlich für zufällig geachteter Sache-Mangel in Ansehung des schuldigen Genus, wie zwar nur sehr selten, oder des schuldigen Individuums, zur Zeit da der interpellirte Debitor sonst tradiren müßte, oder früher, vorhanden ist; in so ferne ist *mora* nicht denkbar fr. 49. §. 3. fr. 51. fr. 91. §. 1. D. 45. 1. et frr. sup. §. 12. p. 37. cit. add. fr. 137. §. 4. D. 45. 1. fr. 16. §. 3. D. 13. 5.. Hingegen der (zu vergütende) objective culpose, totale oder quantitativische oder qualitativische, Sache-Mangel hindert in Ansehung desjenigen, was durch Culpa des Debitors mangelt, weder den Anfang der *mora* bei nachheriger, noch die Fortdauer derselben bei vorgängiger vergeblicher Interpellation, freilich nur in so ferne, daß der Debitor von Zeit seiner *mora* an auch von jenem Mangelnden,

wie

wie wenn es vorhanden wäre, die bis zur geschehenen oder gehörig, also mit den etwanigen Resten der Sache, angebotenen Vergütung desselben zu beziehen möglichen **Früchte** ersetzen muß fr. 32. §. ult. D. 22. 1. (ja nicht nach **Cujas** ad Leg. 23. D. de Verb. Oblig.!) junct. fr. 19. D. 4. 3. arg. fr. 33. D. 6. 1.. Die hier sich von selbst anschließende Frage, „ob im Falle eines objectiven culposen quantitativischen oder qualitativischen Sache-Mangels *mora* in Ansehung **desjenigen, was von der Sache noch vorhanden ist**, eintreten kann", ist zu bejahen, wenn der interpellirte Debitor nicht einmal solches Vorhandene anbietet, oder nur solches Vorhandene ohne gleichzeitigen bestimmt ausgemittelten Ersatz des culposen Mangels anbietet und der Creditor seiner Befugniß gemäß jenes ausschlägt, — zu verneinen, sowohl wenn er es annimmt, denn das fr. 3. §. 1. D. 13. 6. (add. frr. 35. 246. §. 1. D. 50. 16.) geht nur auf das hiernächst noch zu leistende Interesse; als auch, wenn der Creditor jenes Vorhandene mit gleichzeitigem bestimmt ausgemitteltem Ersatze des culposen Mangels angeboten (ohne Grund) ausschlägt. Das fr. 5. D. 12. 1. v. *aut dolo .... nec ne*„ kann gegen diesen richtigen Vortrag keinen Zweifel veranlassen, indem die besondere Natur der von dieser Stelle behandelten Obligation in dem Falle des fr. 15. D. 12. 4. erheischt, dabei jede Culpa, nur die höchste d. h.

 die

die grobe oder den Dolus nicht, als Ursache eines rechtlich für zufällig zu achtenden objectiven Sache-Mangels anzusehen (*Otto* Thes. III. 662.): indessen ist es merkwürdig, daß die Glosse in diesem Fragmente etwas vermißt, was doch darin steht.. Von dem objectiven zufälligen und culposen Sache-Mangel müßen wir nun sorgfältig unterscheiden das persönliche Mangelleiden des interpellirten Debitors an dem objectiv zu leisten möglichen Objecte (*difficultas s. non facultas dandi*), und die Unfähigkeit des interpellirten Debitors, in eigener Person das objectiv zu leisten mögliche Object zu leisten; weil auch die Fragen, „ob jenes und diese bei einem nicht durch ihr Nichtdaseyn ausdrücklich bedingten Debitum von der *mora* entschuldigen," schwierig und zugleich sehr wichtig sind. a) Jenes, im Traditions-Termine vorhanden, begründet sofort Verzug fr. 137. §. 4. D. 45. 1. verb. „ *et generaliter causa difficultatis* etc.; denn es könnte immer durch persönliche gute Zutrauens-Credit- und Freundschafts-Verhältnisse des Promittenten mit Anderen abgewendet werden, und das Daseyn solcher Verhältnisse hat er natürlicherweise stillschweigend direct oder doch wenigstens eventuell versprochen. So gewiß es nun persönliches Mangelleiden des interpellirten Debitors an dem objectiv zu leisten möglichen Objecte ist, wenn er ein solches Object der

Ver-

Verbindlichkeit nicht am Leistungs-Orte besitzt; so leicht lassen sich hiervon die seltenen Fälle eines „zeitlichen zufälligen objectiven Sache-Mangels am Leistungsorte„ unterscheiden. Ein solcher Mangel befreit nach Rechtsanalogie den Debitor von den Wirkungen der geschehenen Interpellation inzwischen; aber keine neue ist nöthig, um unter veränderten Umständen Verzug zu begründen. Beispiele mündlich. b) Diese, nämlich die Unfähigkeit des interpellirten Debitors, in eigener Person das objectiv zu leisten mögliche Object zu leisten, ist entweder α) nicht mit einem die Willens-Erklärungs-Fähigkeit benehmenden Zustande verbunden — dann begründet sie, (indem sie immer durch die Möglichkeit eines zu bestellenden Leistungs-Mandatars oder der Erlaubniß, daß der Creditor selbst die Objecte zu sich nehme, wegfällt und in culpa lata oder dolus übergeht,) im Leistungs-Termine vorhanden, sofort Verzug arg. fr. 137. §. 2. circa fin. D. 45. 1. v. „*vel quoniam etc.*„ — oder β) sie ist verbunden mit Willens-Erklärungs-Unfähigkeit im Leistungs-Termine: dann, durch culpa lata (eine geringere culpa kann hier der Natur der Sache nach nicht in Betracht kommen) oder durch dolus entstanden begründet sie Verzug, zufällig entstanden nicht fr. 5. princ. D. 12. 4. — oder γ) sie besteht im Tode des (interpellirten) Debitors vor dem ohne Erfüllung

der

der Verbindlichkeit abgelaufenen Leistungs-Termine: dann ist, wenn gleichwohl erst nach solchem Ablaufe des Leistungs-Termines die Erbschaft des Debitors angetreten wird, wegen der doch immer vom Momente seines Todes anfangenden rechtlichen Repräsentation, Verzug in der Person jedes nicht bevormundeten Erben begründet frr. 77. 49. §. 2. D. 45. 1. (*), jedoch nicht binnen der Zeit während welcher etwan in der Person des Erben selbst eine von dem Verzug entschuldigende Unmöglichkeit in eigener Person zu leisten, im Leistungs-Termine vorhanden, fortdauerte. —— Demnach ist der interpellirte Debitor *in mora*, z. B. 1) wenn er eine seines Wissens fremde Sache schlechtweg versprochen hat, und den Eigenthümer zum Verkaufe derselben an ihn nicht bewegen kann cit. fr. 137. §. 4. in fine: 2) wenn er hundert Thaler schlechtweg versprochen hat und diese nun nicht sogleich zu zahlen im Stande ist, indem er selbst kein baares

(*) Das „fidejussores quoque non minus quam heredes justam ignorantiam possunt allegare„ im fr. 42. D. 50. 17. ist zu interpretiren, nicht nach Phil. Matthäus, sondern nach Godefroi, nämlich von der pluris soluti s. indebiti condictio . . . Uebrigens noch mündlich von dem mit fr. 77. u. fr. 49. §. 2. D. 45. 1. scheinbar unmöglich, aber wegen eines speciellen Grundes eigentlich leicht zu vereinigenden fr. 1. §. ult. D. 16. 3.

baares Geld gegenwärtig im Hause hat, auch aller Bemühung ungeachtet in der ganzen Stadt keinen Freund, der ihm sogleich vorstreckte, finden kann cit. fr. 137. §. 4. princ. — Daß in diesen beiden Fällen kein objectiver Mangel am versprochenen Objecte zur Leistungs-Zeit ist, ergibt sich von selbst; und Venulejus war von der Richtigkeit der beiden unter 1. und 2. gegebenen Entscheidungen so sehr überzeugt, daß er nur das Gegentheil der ersten persiflirend darstellte, und von dem Gegentheile der zweiten sagte, es folgte aus diesem nothwendigerweise auch für den Fall, wenn ein gewisser Sclave schlechtweg versprochen worden sey, die absurde Berücksichtigung des Ortes, wo derselbe sich befinde, — als wenn kein Unterschied wäre zwischen dem Versprechen, „eine bewegliche Sache zu Ephesus zu geben", und dem schlechtweg so geschehenen, „eine bewegliche Sache zu geben", ohne es hierbei zur Modification des Versprechens zu machen, daß die Sache zu Ephesus ist. So ist denn offenbar eine Emendation im fr. 137. §. 4. D. 45. 1. nöthig, und unter den beiden richtigen, welche Doneau und Siphan angeben, zieht der Vf. die des letzteren, d. h. das „*ac si*„ dem „*ut sic*„ noch vor: aber von §. 27. Inst. 3. 20. gab Vinnius eine schiefe Erklärung, welche schon lange vor ihm Doneau widerlegt hatte, der dagegen freilich

freilich selbst eine so gesuchte und unbefriedigende gibt, daß der Vf. Statt dieser ohne Bedenken auch hier eine Emendation, nämlich des „*hominem*„ in „*horreum*„ vorschlägt, ohne welche er wirklich für unmöglich hält, die Stelle rein zu erklären. — Ferner 3) wenn der Debitor, welcher eine Summe Geldes an einem vorausbestimmten Tage zu zahlen bei Strafe versprochen hat, vor diesem Termine stirbt, und erst nach dem Ablaufe desselben seine Erbschaft angetreten wird, so ist der Erbe des Debitors (unter den oben b. γ. angegebenen Modificationen) wegen Verzuges die auf diesen Fall festgesetzte Conventionalstrafe zu zahlen schuldig. Ein specieller Beleg hierzu ist fr. 77. D. 45. 1., wobei uns Doneau's „*hic promissa est poena non ex mora sed sub conditione*„ nicht irre machen kann, indem diese Bedingung, wovon im Falle des fr. 77. cit. die Conventionalstrafe abhängig gemacht ist, in nichts Anderem als im Daseyn der *mora* besteht. Eine mit vieler Uebertreibung erraisonnirte Culpa, wofür die versprochene Strafe fällig werden könne, nämlich die, „*quod non curaverit defunctus, ut, siquid sibi humanitus contingeret, esset aliquis qui pecuniam haberet in numerato et dissolveret, vel, quod non deposuerit in tutum aliquem locum, unde creditor posset accipere ad diem*“, setzte Doneau in dem Falle dieser Stelle, ohne Grund, als nothwendig voraus; aber er meinte, weil doch dem

dem Erblasser keine Culpa „*quod prius non solverit dum viveret*„ zu imputiren sey, so falle der Begriff von *mora* hinweg. Dieß, nämlich die culpose Zögerung, war nun bekanntlich der allen Juristen vor dem Vf. gemeinschaftliche irrige Begriff von mora, den sie insonders aus denjenigen Stellen ableiteten, worin die mora auch *frustratio* genannt wird und eine *frustratoria morandi causa appellatio interposita* vorkömmt z. B. fr. 37. in f. D. 17. 1. fr. 3. §. ult. fr. 41. pr. D. 22. 1.; wobei sie nicht erwogen, daß die *frustratio*, d. h. das einen Anderen die Erfüllung unserer Verbindlichkeit vergebens von uns erwarten Lassen (fr. 5. §. 20. D. 36. 4.), auf culpa oder dolus des Morosen beruhen kann, aber nicht darauf nothwendig überall beruhen muß, und jene Stellen, so wie auch fr. 31. D. 42. 1., nichts weniger als eine solche Nothwendigkeit aussprechen. Will man über die Frage, „in wie ferne die classische *mora* culpam oder dolum des Debitors voraussetze“, aus dem bisherigen Vortrage die Resultate zusammenstellen, so bestehen sie darin: „daß zwar bei jeder nicht affectirten oder nicht groben Unkunde des Daseyns der Verbindlichkeit und ihres Erfüllungs-Zeitpunktes die classische *mora* nicht denkbar ist; daß auch selbst die Nichterfüllung der Verbindlichkeit, meistens in culpa oder dolo des Debitors sich gründend, jene *moram* bewirkt; daß

daß hingegen eben diese Nichterfüllung selbst, um jene *moram* zu bewirken, nicht überall in culpa oder dolo des Debitors sich gründen muß.

§. 16.

Nun ist zu untersuchen, ob und wodurch bei versprochenen blosen Facten d. h. bei welchen keine Tradition des Gemachten vorkömmt, wie z. B. bei dem Versprechen „auf dem Boden eines Anderen ihm ein Haus zu bauen," eine *mora* eintreten kann?

Was die erste dieser Fragen betrifft, so ist freilich bei keinem versprochenen blosen Factum eine zu leistende Zinsen-Vergütung, also auch bei keinem in so ferne eine *mora*, denkbar. Hingegen kann der Promittent eines blosen Factums, wenn aus der Leistung desselben die Existenz oder Erhaltung einer verwaltbaren Sache entstehen würde, die fremde vortheilhafte Verwaltung dieser Sache in Bezug auf den Gewinn der möglichen Früchte und auf die Vermeidung des Zufalles widerrechtlich hindern d. h. *in mora* seyn, mithin die überhaupt zu beziehen möglichen Früchte, auch den Zufall, ersetzen müssen — jene, sowohl wenn er gar nicht als auch wenn er nur zu einem Theile, — diesen, wenn er nur zu einem Theile, an welchem er ohne

seine

seine *mora* nicht die Gefahr trüge fr. 59. D. 19. 2., oder auch, in Ansehung der vertragsmäßig ihm angewiesenen Baumaterialien, wenn er gar nicht, das Factum geleistet hat.

Die zweite der obigen Fragen, die gleichfalls von Thibaut gänzlich unberührt gelassen worden ist, besteht in der alten Controverse, „ob der Promittent eines blosen Factums ohne eine an ihn geschehene Interpellation in *mora* ist, wenn er dasselbe nicht binnen der dazu erforderlichen Zeit geleistet hat„? Duaren verneinte diese Frage; Siphan bejahte sie. Auch wußte dieser für seine unrichtige Meinung einige sehr unbedeutende Scheingründe zu erbringen. Aber Duaren dachte, es sey kein Grund vorhanden, hier von der allgemeinen Regel des fr. 32. *princ.* D. 22. 1. eine Ausnahme zu machen. Und daß dieß ganz richtig ist, glaubt der Vf. sehr einleuchtend beweisen zu können; denn zur Begründung der gesetzlichen Vermuthung, „daß der Arbeitsherr die Sache, wenn sie durch die Arbeit vollkommen existirt hätte oder erhalten worden wäre, zum Gewinne der überhaupt zu beziehen möglichen Früchte benutzt, oder verkauft haben würde", muß doch wohl eine vernünftige Gesetzgebung Dasselbe erfordern, was sie zu der nämlichen gesetzlichen Vermuthung gegen den Debitor einer nicht durch dessen Arbeit zu

machen=

machenden oder zu erhaltenden Sache erfordert. Die frr. 14. 72. pr. in med. fr. 98. §. 1. fr. 137. §. 3. D. 45. 1. fr. 24. D. 38. 1. sind der Meinung Duaren's und des Vfs gänzlich nicht entgegen; denn sie beweisen ja, wie Doneau sehr gründlich ausgeführt hat, nichts mehr, als, daß erst nach vergeblichem Ablaufe eines der Verrichtung des Factums angemessenen Zeitraumes geklagt werden kann, nämlich auf Erfüllung des Contractes oder auf Ersatz des Werthes der Arbeit in Gelde; sie beweisen durchaus nichts gegen den richtigen Grundsatz, „daß zur Klage wider den Promittenten eines blosen Factums auf die dabei denkbaren Wirkungen der *mora* eine gehörige Interpellation und seit dieser der vergebliche Ablauf eines der Verrichtung des Factums angemessenen Zeitraumes erforderlich ist". Wie nun gegen diesen Grundsatz das fr. 72. §. 1. D. 45. 1. von Siphan angeführt werden konnte, wird wohl auch demjenigen unbegreiflich bleiben, welcher zugibt, daß diese Stelle, weil *mora* darin im gemeinen Sinne gebraucht ist, nicht dafür beweist. Uebrigens ist der scheinbare Widerspruch dieser Stelle mit fr. 14 und fr. 98. §. 1. D. 45. 1. rücksichtlich des Anfanges des Klagrechtes überhaupt im fr. 137. §. 3. v. „*item si non inchoëtur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit*„ gelöst.

Daß

Daß, wie bei versprochenen blosen Facten, so auch bei solchen, bei welchen das Gemachte tradirt werden muß, *mora* ganz auf die nämliche Weise begründet wird, und dann bei letzteren auch durch das Nichttradiren des Gemachten eintritt, versteht sich von selbst. Eine dritte Art eigentlicher Verbindlichkeiten zum Thun, wobei mora vorkommen kann, gibt es nicht; denn Bemühungen, um ein schon ohne Factum existirendes Traditions-Verbindlichkeits-Object herbeizuschaffen oder um sich in das Verhältniß der Gegenwart zu demselben zu setzen, sind nichts anders, als Theile von Verbindlichkeiten zum Geben, und als solche oben §. 13. S. 45. a. E. behandelt worden.

Kömmt eine Unmöglichkeit, in eigener Person das objectiv zu leisten mögliche Object zu leisten, bei versprochenen Facten vor, so kann sie zur Zeit des Versprechens vorhanden die Verbindlichkeit nicht aufschieben, und fortdauernd im Leistungs-Termine begründet sie sofort Verzug fr. 137. §. 5. D. 45. 1. — Ist sie hingegen, erst nach geschehenem Versprechen eingetreten, im Leistungs-Termine vorhanden, so betrifft sie entweder ein auf die Person des Promittenten beschränktes Factum, oder ein solches, welches auf seine Erben übergeht. Im ersten Falle besteht sie entweder im Tode: dadurch fällt die Ver-

bind-

bindlichkeit selbst, mithin auch die Möglichkeit eines Verzuges, weg fr. 1. §. 13. D. 50. 13.: oder in einer anderen Unfähigkeit: diese, durch culpa lata oder dolus entstanden, begründet Verzug, sonst d. h. zufällig entstanden nicht fr. 5. pr. D. 12. 4.. Im zweiten Falle, — da solche Facten nach der das ältere in seinen näheren Resultaten uns von Tribonian verschwiegene Recht ändernden const. 13. Cod. 8. 38. auch in so ferne wie stipulationes in dando conceptae zu betrachten sind, daß der Promittent dabei schuldig ist, im Nothfalle einen Leistungs-Mandatar zu bestellen, — besteht sie entweder im Tode des (interpellirten) Debitors vor dem ohne Erfüllung der Verbindlichkeit abgelaufenen Leistungs-Termine: dann ist analogisch dasselbe Rechtens, was §. 15. S. 53. 54. unter b. γ) gesagt wurde: oder in einer anderen Unfähigkeit: diese, durch culpa lata oder dolus entstanden, begründet Verzug, sonst d. h. zufällig entstanden nicht, wenn nicht der Promittent durch Anwendung des nach der Natur des Geschäftes zu leistenden Fleißes einen tauglichen Mandatar hätte bestellen können fr. 137. §. 2. circa fin. D. 45. 1. verb. sup. cit.. cf. quoq. fr. 10. §. 1. D. 14. 2. nach van Bynkershoek's Wort-Erklärung, die aber nebst der richtigeren Bemerkung der Glosse doch auch noch in einem anderen Punkte zu verbessern ist.

An-

Anmerkung. Thibaut (Syst. d. P. §. 102.) sagt „jede Verbindlichkeit muß zur gehörigen Zeit erfüllt werden“: in dieser Connexion folgt sein Begriff von *mora*, nämlich „Wird die Verbindlichkeit schuldvoll, oder wegen eines, durch keine verzeihliche Rechtsunwissenheit zu entschuldigenden subjectiven Unvermögens des Schuldners nicht zur gehörigen Zeit erfüllt, so heißt dieß Verzug. Ein solcher Verzug kann stattfinden entweder im Nichtzahlen oder im Nichtannehmen“. Der Vf. frägt nun: 1) Ist nach dieser allgemeinen Fassung und nach der hier von Thibaut offenbar zum Grunde gelegten allgemeinen Bedeutung des Ausdruckes „Zahlen“ wirklich bei jeder nicht zur rechten Zeit u. s. w. erfüllten Verbindlichkeit eine NB. juristisch wirksame *mora* denkbar? Ist eine solche *mora* denkbar, und welche juristische Wirkung derselben ist denkbar, wenn z. B. der Eigenthümer seine Sache dem gerecht retinirenden Commodatar oder Pfandgläubiger gestohlen — wenn der Creditor, nach erhaltener vollen Zahlung, dem Debitor seinen Schuldschein ein halbes Jahr lang vorenthalten — wenn der Promittent eines Gelddarlehns den ihm in vergeblicher Hoffnung erfolgender Zahlung eingehändigten Schuldschein nicht zu gehöriger Zeit zurückgegeben — wenn derjenige, welchen ich um mir ein Monument zu bauen

ge-

gemiethet hatte, diese Verbindlichkeit nicht zu gehöriger Zeit erfüllt hat? u. s. w.. Conventionalstrafen können zwar bei allen diesen Verbindlichkeiten, wegen Nichterfüllung zur gehörigen Zeit, fällig werden, aber nicht als Wirkungen einer juristischen *mora*, sondern als Wirkungen einer besonderen Verabredung auf den Fall, daß die Verbindlichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllt würde. 2) Ist denn *mora* denkbar bei jedem subjectiven Unvermögen, welches durch keine verzeihliche Rechtsunwissenheit zu entschuldigen ist? auch bei dem subjectiven Unvermögen wegen zufälliger körperlicher Gebrechen, welche einen die Willens-Erklärungs-Fähigkeit benehmenden Zustand bewirken?... Uebrigens ist das fr. 77. D. 45. 1. bei Thibaut gar nicht allegirt; aber die Zuhörer und Practiker, wenn sie recht auf die Interpretation bedacht sind, können es von selbst gleich finden und nach dem Thibautschen Begriffe von mora mit vollkommener Beruhigung erklären, indem der Tod wirklich durch keine verzeihliche Rechtsunwissenheit zu entschuldigen ist. 3) Warum allegirt Thibaut bei seinem Begriffe von *mora* drei Stellen, nämlich fr. 45. D. 18. 1. fr. 6. §. 4. D. 19. 1. fr. 19. §. 1. D. 19. 2., die doch sämmtlich von culpa, nicht von *mora*, beim Kauf- und Mieth-Contracte, sprechen; was aus ihrem Inhalte sowohl als daraus insonders klar ist, weil sie von der bei diesen beiden

Con-

Contracten zur mora nöthigen Interpellation keine Meldung thun? Indessen rührt diese Verworrenheit vielleicht größtentheils daher, weil Thibaut nicht wußte, daß das römische Recht zur mora auch bei den zweiseitigen Geschäften eine Interpellation erfordert.

§. 17.

Die einzige gesetzliche besondere Wirkung der *mora* ohne Zusatz besteht darin, daß der Creditor auch noch mehre Früchte, als die überhaupt zu beziehen möglichen betragen, fordern kann, wenn er beweist, daß er jene nach seinen vorzüglichen Kräften hätte beziehen können. Gewöhnlich, und richtig, werden als Belege hierzu angeführt fr. 62. §. 1. D. 6. 1. und fr. 12. pr. D. 4. 2.; aber den deutlichsten liefert wohl fr. 39. §. 1. D. 30., worin zwischen dem von einem besonderen Beweise des Creditors abhängigen und dem vom Richteramte sofort zu bestimmenden Ersetzungs-Quantum ein Gegensatz enthalten ist, aus welchem die Falschheit der A. Faber- und Brenkmanschen Emendation des cit. fr. 62. §. 1. D. 6. 1. unwiderleglich hervorgeht.

§. 18.

Ausser den gesetzlichen Wirkungen der *mora* ohne Zusatz gibt es noch vertragsmäßige, welche

 nämlich

nämlich zwischen dem Creditor und dem Debitor auf den Eintrittsfall einer solchen *mora* besonders verabredet sind z. B. Conventionalstrafe, Erlöschung der Vertragsverbindlichkeit u. s. w.

§. 19.

Bevor der Creditor gegen den morosen Debitor als solchen Klage erhoben hat, kann dieser einseitig die Fortdauer seiner *mora* und ihrer gesetzlichen Folgen abwenden, *purgare moram (solvendi)*, und zwar

α) durch reelles Anbieten der schuldigen Geldsumme oder beweglichen Sache fr. 72. pr. D. 46. 3. fr. 73. §. 2. D. 45. 1. fr. 13. §. 8. D. 19. 1. fr. 17. D. 18. 6. verb. „*deinde* .... *deberet*“, durch wörtliches Anbieten derselben als bereitliegend zur vertragsmäßig erwarteten Abholung, durch wörtliches Anbieten der Tradition des schuldigen geräumten Grundstückes arg. fr. 2. §. 1. D. 19. 1.. Ist dieses verschiedenartige Anbieten dem Creditor selbst oder seinem Specialbevollmächtigten so geschehen, daß er weder wegen Inoportunität der Zeit oder des Ortes, noch wegen Defectes an der zu leistenden Qualität oder liquiden Quantität des Schuldgegenstandes einen gerechten Grund zur Verweigerung der

der Empfangnehmung hat fr. 39. *med.* D. 46. 3. fr. 41. §. 1. D. 22. 1. Cod. 8. 43. c. 9. fr. 3. §. 1. D. 13. 6. fr. ult. §. 1. fr. 35. fr. 75. D. 50. 16. fr. 173. §. 1. D. 50. 17., und doch diese unterläßt; so hat er nicht nur nicht die Einrede des nichterfüllten Contractes wenn er auf wechselseitige Erfüllung belangt wird fr. 9. §. 5. D. 13. 7. fr. 135. §. 2. in fine D. 45. 1., sondern er ist auch in widerrechtlichem Verzuge der Verwaltungs-Annahme. Diese *mora accipiendi*, welche auf die eben beschriebene Weise auch ohne vorgängige *mora solvendi* entstehen kann, bewirkt, 1) daß der Debitor in allen Fällen, sogar in Betreff einer so angebotenen, behaltenen, und verwahrten Geldsumme, nur noch für dolus und culpa lata im Nichtthun haftet frr. 5. 17. pr. D. 18. 6. fr. 9. D. 24. 3. fr. 72. pr. D. 46. 3., welche letztere Stelle der Vf. doch lieber nach Noodt's Emendation des „*sua*„ in „*summa*", als nach Wieling interpretirt: 2) daß der Creditor den Gemeinwerth der Sache nur nach derjenigen Taxe fordern kann, welche unter den des Ortes der erhobenen Klage und des Ortes, wo die Tradition geschehen mußte, zur Zeit der erhobenen Klage die geringste ist; denn beim Creditor stand es ja, die ihm angebotene frühere Sachverwaltung mit ihren möglichen Vortheilen zu übernehmen; und auf den etwanigen Vortheil der Taxe des Traditions-Ortes kann

der morose Creditor, durch Anstellung seiner Klage anderswo, verzichten, aber dadurch kann er nicht den Debitor zu einem gleichen Verzichte verbinden — dieß sind die Gründe der Entscheidung im fr. 3. §. 4. *princ.* et *in fine* D. 19. 1., worin der Fall unterstellt ist, daß Brundus als Traditions-Ort festgesetzt war durch die, von der Glosse nicht treffend erklärte, und von Cujas und van Bynkershoek bis zum Lächerlichen gemissdeutete, hingegen von Lycklama besonders aus der Vergleichung mit fr. 2. D. 18. 7. vollkommen richtig eruirte Verabredung „der Käufer solle den Wein von Brundus abholen„: 3) daß dem Debitor keine Verzugszinsen zu laufen anfangen Cod. 4. 32. c. 9. *in fine*, und die ihm schon laufenden gehemmt werden. Um den schon angefangenen Verzugszinsen-Lauf zu hemmen, soll aber nach der Meinung Anderer Versiegelung und gerichtliche oder an einem anderen sicheren Orte geschehene Niederlegung der gehörig angebotenen Geldsumme erforderlich seyn; und diese Meinung stützt sich nicht etwan allein auf den schlechten Grund, den Hellfeld dafür anzuführen wußte, sondern sie wird nach Mevius, Brunnemann, Noodt, Voet, Pufendorf, Hofacker noch jetzt von Glück und Thibaut behauptet, so, daß der Vf. sich nicht getraut, gegen alle diese Autori-

täten

täten mit der entgegenstehenden des Cujas (Comment. ad var. Dig. jur. civ. titul. Col. Agripp. 1594. pag. 701.) allein auszureichen. Auch der Gegengrund, daß das Anbieten den Verzug des Debitors aufhebt und den Creditor in Verzug setzt fr. 91. §. 3. D. 45. 1., wird an und für sich bei unseren Zeitgenossen so wenig die Bekehrung wirken, als er sie bei Noodt, der unter seinen Consorten diese Streitfrage noch am gründlichsten behandelte, bewirkt hat. Aber Noodt hatte noch sonst gar Vieles übersehen. Er hatte nicht bedacht, daß alle Stellen, die er für sich anführte, und die man ihm zeither nachschrieb, entweder von laufenden Conventionalzinsen, wie frr. 7. 41. §. 1. D. 22. 1. Cod. 4. 32. cc. 6. 9. 19., oder von Verzugszinsen die den Vormündern für Pupillengelder laufen, wie fr. 28. §. 1. fr. 7. §. ult. D. 26. 7. Cod. 5. 56. c. 4., aber nicht von laufenden Verzugszinsen überhaupt reden; denn „*legitimae* usurae„ in Cod. 4. 32. c. 19. sind wie in Cod. 4. 65. c. 17. (cf. quoq. fr. 10. §. 3. D. 17. 1. fr. 8. D. 20. 2. fr. 26. pr. D. 12. 6.) nur den ungewöhnlichen und etwan unerlaubten Zinsen entgegengesetzt. Er hatte nicht bedacht, daß bei laufenden Conventionalzinsen, des vom Debitor geschehenen blosen Anbietens ungeachtet, doch noch immer der ursprüngliche in dem beiderseitigen Willen der Contrahenten liegen.

liegende Zinsengrund, nämlich die überlassene und angenommene Benutzungsmöglichkeit des Geldes, als in der That fortdauernd vorhanden rechtlich angenommen werden muß. Ferner hatte er nicht bedacht, daß bei Verzugszinsen, die den Vormündern für Pupillengelder laufen, zu Gunsten der Pupillen die Verzugszinsen-Leistung bis zur wirklichen Restitution oder Deposition der Capitalien als Ausnahme von dem regelmäßigen Grundsatze eingeführt war; und daß im fr. 1. §. 3. D. 22. 1. von der auch die Vormünder treffenden *mora re ipsa* bei Pupillengeldern (s. oben §. 13. S. 48.) als von etwas ohnehin Bekanntem gar nicht, sondern nur von jener nach der ganzen wörtlichen Abfassung des cit. fri. 1. §. 3. D. 22. 1. durch die römische Interpretatio eingeführten Ausnahme die Rede ist; wie denn eben diese Ausnahme als solche im fr. 73. *in fine* D. 3. 3. und offenbar auch im fr. 7. §. ult. D. 26. 7. wiederholt wird. Endlich hatte er nicht bedacht, daß im fr. 135. §. 2. D. 45. 1. einem in Betreff des Restes eines conventionel bis zu einem gewissen Tage verzinslich gestandenen Capitales moros gewesenen Debitor, dem also doch Verzugszinsen zu laufen angefangen hatten, der aber bald hernach jenen Capitalrest mit Zinsen, bei welchen freilich auch die Verzugszinsen nicht fehlen durften und nicht fehlten, seiner Gläubi-

gerin

gerin vergebens angeboten (aber nicht deponirt) hatte, nach sehr langem Zeitraume in diesem Zustande ein Klagrecht gegen diese auf wechselseitige Erfüllung der Convention gegeben wird, nicht mit Abhängigkeit desselben von der Leistung fernergelaufener Verzugszinsen, sondern allein davon, ob der Verzug des Debitors nur ganz kurze Zeit gedauert und der Gläubigerin sonst zu keinem (vorerst zu ersetzenden) Nachtheile gereicht habe. Und sagt denn nicht fr. 73. §. 2. D. 45. 1. ganz allgemein, daß bei jedem Debitum, also in der Regel, durch gehöriges (bloses) Anbieten der fernere Verzug des moros gewesenen Debitors schlechthin wegfalle? Sagt nicht fr. 17. D. 13. 5. ganz das Nämliche? Setzt diese letztere Stelle nicht ausdrücklich hinzu, und zwar ganz allgemein d. h. als Regel, daß die ungegründete Weigerung der Schuld-Annahme von Seiten des Creditors, so lange er noch nicht Klage erhoben habe, ihm schade?. Nun wird hoffentlich kein Gesetz mehr, und, wie von je her, kein nur etwas bedeutender Grund für die vom Vf. bestrittene Meinung aufgeführt werden; und so mögte denn doch Cujas, der seine Meinung aus dem auch ihm nur eine *non moram* der Seja enthaltenden fr. 122. §. 5. D. 45. 1. (*) ohne

(*) Wie auch in Betreff einer anderen Deduction aus dieser

ohne weitere Gesetze und Gründe und mehr nur nach juristischem Gefühl deducirte, ganz Recht haben. —

β) durch wirkliches Unternehmen der Verrichtung des schuldigen Factums, oder durch wörtliches Anbieten dazu im Falle dabei nöthiger Mitwirkung des Creditors. Verweigert im letzteren Falle der Creditor seine Behülflichkeit, so nehmen die Rechte das Factum des Debitors für geleistet mit allen Folgen an; wozu der klare Beleg ist fr. 39. D. 50. 17. nach Godefroi, der die gemeine schlechte Emendation des darin, aber auch in vielen anderen Stellen, vorkommenden Ausdruckes *„per alium mora fit„* gehörig gerügt hat.

Uebrigens ist die Unmöglichkeit in eigener Person anzunehmen nur unter denselben näheren Bestimmungen ein von der *mora accipiendi* entschuldigender Grund, unter welchen die Unmöglichkeit, in eigener Person zu leisten, ein Entschuldigungsgrund rücksichtlich der *mora solvendi* ist (s. oben §. 15. S. 53. 54.); und in diesem Geiste wird die mora *emtoris* in accipiendo nicht blos von dessen Nachlässigkeit, sondern überhaupt von

„nulla

dieser Stelle Noodt sich an Cujas versündigt hat — davon mündlich.

„*nulla difficultate venditorem impediente*, *quo minus traderet*, *praesertim si omni tempore paratus fuit tradere*„ abhängig erklärt im fr. 3. §. 4. *med*. D. 19. 1..

§. 20.

Sobald der Creditor gegen den morosen Debitor als solchen rechtmäßige Klage erhoben hat, ist eine eigentliche *purgatio morae* (*solvendi*) mit ihren oben §. 19. angegebenen Wirkungen nicht mehr denkbar.

Bei Verbindlichkeiten zum Geben kann der belangte morose Debitor etwan seine Bereitwilligkeit zur Leistung des Verbindlichkeits-Gegenstandes mit allem Anhange vor Gerichte erklären, oder gar denselben dem Richter übergeben; aber durch jenes wie durch dieses wird die Fortdauer der gesetzlichen Folgen der bisherigen *mora solvendi* eben so wenig gehemmt, als durch irgend ein aussergerichtliches Anbieten der vollkommensten Verbindlichkeits-Erfüllung, welches der den Prozeß seinem Ausgange überlassen wollende Creditor ablehnt. Dieß zu thun ist der klagend aufgetretene Creditor befugt fr. 17. D. 13. 5. v. „*ut factum actoris usque ad tempus judicii ipsi noceat*"; und wenn er diese seine Befugniß ausübt,

so

so nimmt die *mora solvendi* erst dann ihr Ende, wann der Debitor dem Urtheile des Richters Genüge geleistet hat Inst. 4. 12. §. ult.. Doneau und Giphan haben dieß recht gut eingesehen; aber letzterer hätte seine Widerlegung gegen Cujas füglich sparen können, da Cujas wirklich derselben Meinung ist.

Bei ganz allgemein, d. h. nicht persönlich zu verrichten, versprochenen Facten hat der belangte Debitor sogar nicht einmal mehr irgend einen Nutzen davon, wenn er nun das Factum einseitig verrichtet. Diese Rechtswahrheit ist unbedingt; denn so ist sie im fr. 84. D. 45. 1. ausgesprochen. Wer freilich nicht glaubt, daß das ganz allgemeine Versprechen eines Factums den Creditor gegen den morosen Debitor nur zur Klage aufs Interesse in Gelde berechtigt; den setzt das cit. fr. 84. D. 45. 1. in eine gar schlimme Lage; denn höchstens kann er es so machen, wie Fumeus, Coras, Huber, Wernher, Walch, Höpfner, Weber, Glück und Thibaut, nämlich, diese Hauptstelle bei Erörterung der Frage „ob der Promissar eines Factums auf das Factum klagen könne„ ganz mit Stillschweigen übergehen, und dann etwan bei Erörterung der *morae purgatio* entweder wie Glück sie anführen und dem „quodsi jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse si

aedi-

aedifices„ den Anhang geben „wenn dem Creditor nun nicht mehr daran gelegen sey, daß das Haus erbaut werde", oder, wie van Greve und Thibaut, beim simplen Allegiren derselben es bewenden lassen. Nun sind zwar von Thibaut just die drei gründlichsten Schriften über diese Lehre, nämlich die von Doneau, Giphan, und Vinnius, welchen u. A. auch Westenberg beistimmt, so behandelt, als wenn sie nicht existirten. Allein es bleibt unwiderleglich, was Doneau zum cit. fr. 84. sagt: „non ergo factum fuit in obligatione; alioquin etiam (qui litem secum contestari passus est) QUANDOQUE id praestando liberaretur". Indessen wurde Doneau, und nach ihm van Eck, durch viel zu unbedeutende Gründe verleitet, auch bei eigentlichen *obligationes* in dando s. tradendo, weil dabei etwas von Thun vorkömmt, dem Creditor nur eine Klage aufs Interesse in Gelde zu gestatten; und als bester Berichtiger dieses Irrthumes würde Vinnius, der im Uebrigen wie Giphan mit Doneau gemeinschaftliche Sache machte, die meisten Verdienste um dieses ganze Rechtskapitel haben, wenn nicht einen großen Theil derselben schon der frühere Giphan sich erworben hätte. Bei allem dem aber darf der Vf. nicht verschweigen, daß, für ihn wenigstens, selbst Giphan und Vinnius die Exegese sowohl, als den practischen

schen Umfang unserer Streitfrage nicht ganz vollkommen, und die höheren Gründe der römischen Gesetzgebung in dieser Lehre eigentlich nicht, entwickelt haben... Wenn Jemand einem Anderen ganz allgemein ein Factum (quid *fieri* — es solle ihm ein gewisses Factum geleistet werden) versprochen hat z. B. *insulam fieri* u. d. gl., so liegt hierin keineswegs die Zusage, daß der Promittent selbst das Factum verrichten muß und durch keinen Anderen es verrichten lassen darf, oder daß der Promittent selbst es verrichten muß wenn er dessen Verrichtung nicht durch einen Anderen bewirken kann; sondern nach der Verträge-Interpretations-Regel der frr. 9., 114., 192. §. 1., 200. D. 50. 17. ist die Verbindlichkeit des Promittenten, welche in jenem Versprechen liegt, nur diese, „*effecturum se ut quis faciat* (Inst. 3. 20. §. 3. Dig. 45. 2. fr. 5.). Daß nun der Debitor sich von dieser Verbindlichkeit durch Selbstverrichten binnen der Zeit, die die Verrichtung des Factums an sich erfordert, befreien kann, muß ihm wegen der Gleichgültigkeit, ob die Verrichtung des Factums durch ihn selbst oder durch einen dritten Miethling geschieht, frei stehen; aber der nach jener Zeit eintretende Zwang kann nur auf Erfüllung dessen, wozu der Debitor verbindlich ist, von der Gesetzgebung und Rechtspflege gerichtet werden. Indessen ist der

Zwang

Zwang auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Natur theils an sich ein Widerspruch im Beisatze, indem die Miethe selbst von der zwanglosen Willkühr des seine Kräfte Vermiethenden abhängt, theils wenigstens im Allgemeinen sehr unsicher, indem der gelungene Versuch einer solchen Miethe doch die Nothwendigkeit eines ferneren Zwanges gegen den gemietheten Arbeiter überall als möglich zurückläßt. Und eben die mit dieser Unsicherheit verbundene Möglichkeit entstehender neuer Beschwerden, für den Creditor sowohl wie für den Debitor, erzeugte den philosophisch richtigen Grundsatz oder wenigstens den sehr vernünftigen Tact der Römer, überhaupt nie ausser dem höchsten Nothfall, am wenigsten aber bei einem so allgemein gefaßten, und darum auch in Ansehung der Erfüllungs-Art nach der obigen Verträge-Interpretations-Regel zu erklärenden, Versprechen eines Promittenten „quid fieri„ oder effecturum se ut quis faciat„ einen Definitivspruch zu geben, welcher selbst veranlassen würde, *obligationes ex obligationibus fieri* fr. 4. §. 3. D. 42. 1. Dieß sind nach des Vfs Meinung die wahren Gründe, warum die römischen Gesetze, insonders fr. 72. *princ. circa fin.* D. 45. 1. und Inst. 3. 16. (15.) §. 7. dem Promissar, welchem ganz allgemein ein Factum versprochen ist, keinen anderen als einen soviel wie das Versprochene in Natur wer-

werthen, für den Debitor möglichst unlästigen, hingegen immer in einer gebrochenen Willkühr vollwirksam werdenden und für den Creditor möglichst sicheren, also in allem Betrachte den schicklichsten und besten Zwang, den aufs Interesse in Gelde gewähren, auf welchen allein demnach die Klage gerichtet werden kann fr. 13. §. 1. *in fine* D. 42. 1. Diese Gründe setzt der Vf. an die Stelle der Doneauschen und Giphanschen Grübeleien „über ein im Geiste des Versprechens eines Factums liegendes Versprechen der utilitas des doch nie wie eine Sache zu erwerben möglichen Factums, und über die persona civis romani coactione quodammodo serva facta“, wovon das Nähere mündlich. Allerdings aber hat Giphan sehr richtig bemerkt, daß unsere Interpretation des fr. 72. *princ. circa fin.* D. 45. 1. und Inst. 3. 16. §. 7. in dem fr. 44. D. 46. 1. bestätigt ist — add. fr. 52. §. 1. frr. 14. 15. D. 45. 1. j. fr. 65. D. 46. 1., insonders fr. 113. §. 1. D. 45. 1. —; und als ebenfalls dieselbe bestätigende Stellen sind fr. 81. D. 45. 1. fr. 11. D. 42. 1. allgemein bekannt; auch ist im fr. 13. §. 1. D. 42. 1., das Bronchorst so erklärt, als wenn er von der ganzen Streitfrage nichts verstünde, durchaus keine Emendation nöthig. Man darf also dem cit. fr. 72. *princ. circa fin.* D. 45. 1. keinen und insonders nicht den Zusatz geben, den ihm Cujas gab „cum factum amplius fieri

fieri non potest per rerum naturam"; auch darf man Inst. 3. 16. §. 7. nicht interpretiren, wie Otto; hingegen hätten Doneau und Siphan die frr. 1. D. 33. 9., 19. pr. D. 36. 2., 115. §. 2. D. 45. 1. nicht hierher analogisiren sollen, indem wir diese eigentlich untreffende Analogie zur Bewährung unserer Interpretation ganz und gar nicht bedürfen.

Bei persönlich zu verrichten versprochenen Facten, welche unläugbar einen Klagzwang zur persönlichen Verrichtung begründen fr. 11. §. 25. D. 32. fr. 6. §. 1. D. 19. 1. (add. fr. 21. §. 4. D. 39. 1.), obgleich Doneau, Siphan, und Vinnius dieß ganz übersehen haben, muß in Ansehung der Fortdauer der bisherigen *mora solvendi* des belangten Debitors analogisch dasselbe gelten, was in so ferne bei Verbindlichkeiten zum Geben gilt.

§. 21.

Die auf den Fall der *mora* verabredeten und mit dem Eintritte desselben begründeten Wirkungen können von dem Morosen nicht durch dessen nachherige Bereitwilligkeit zur Verbindlichkeits-Erfüllung wieder abgewendet werden fr. 23. D. 44. 7. *praes. verb.* „*de illo sane etc.*„ et „*hoc idem* etc.„

(add.

(add. fr. 51. §. 1. D. 19. 1. fr. 23. pr. et §. 1. D. 4. 8.). Das fr. 8. D. 2. 11. ist weder nach der frühe- ren noch nach der späteren Meinung von Cujas zu interpretiren; denn es stellt den Fall dar, wo eine Statt des etwanigen Interesse's des verzögerten Pro- zeßverfahrens festgesetzte Conventionalstrafe zwar nach den Worten aber nicht nach dem Geiste des Vertrages für fällig geachtet werden kann, wie Doneau und Ant. Faber sehr gründlich gezeigt haben.

§. 22.

In Ansehung der Concurrenz und Succes- sion der *mora solvendi* und der *mora accipiendi* gelten folgende Grundsätze:

a) kein Theil ist in *mora*, wenn beide Theile zu- gleich nicht zu rechter Zeit am gehörigen Orte der Verbindlichkeits-Erfüllung erschienen sind: in solchen Fällen bleibt demnach alles rechtliche Verhältniß un- ter ihnen in demselben Zustande, worin es war vor dem Eintritte des Termines, in welchem die Ver- bindlichkeit erfüllt werden sollte fr. 51. *princ.* D. 19. 1.:

b) sind beide Theile zu verschiedenen Zei- ten moros gewesen, so entscheidet die letzte *mora*

zum

zum Nachtheile desjenigen, in dessen Person sie begründet wurde, jedoch ohne daß dieser die Rechte, welche er aus der früheren *mora* des anderen erlangt hatte, verliert fr. 17. D. 18. 6. fr. 91. §. 3. D. 45. 1.:

c) in diesen beiden Fällen macht es auch gar keinen Unterschied, wenn der eine Theil dolo s. culpa lata, der andere ohne dolus s. culpa lata, nicht erschienen oder in *mora* gewesen ist (dieser nothwendigen Wahrheit widerspricht fr. 51. §. 1. *in fine* D. 19. 1. keineswegs): wo aber auch sogar ein Zufall den Creditor von *mora accipiendi* entschuldigt, ist dennoch eine solche non mora accipiendi ein Hinderungsgrund der Entstehung, und so auch der Fortdauer, einer *mora solvendi* auf Seiten des Debitors fr. 17. §. 3. D. 22. 1. verb. „*quid enim etc.*„ fr. 23. §. 1. D. 4. 8.

§. 23.

Die §. 12. S. 40. Anmerk. im Anf. berührte Frage abgerechnet (welche auch hier noch nicht beantwortet werden kann), glaubt der Vf. die Theorie der *mora* in dem bisherigen Vortrage vollständig dargestellt zu haben; denn die Rechtssätze, welche aus fr. 49. §. 1. D. 19. 1. fr. 10. D. 22 1.

Cod. 4. 34. c. 4. Cod. 4. 32. c. 26. pr. fr. 129. §. 1. fr. 178. D. 50. 17., und die, welche aus fr. 88. fr. 91. §§. 4. 5. D. 45. 1. u. dgl. hervorgehen, werden besser in anderen Theorieen vorgetragen. Statt dieser Rechtssätze nur noch zwei Bemerkungen über Thibaut. 1) Thibaut handelt im System d. Pand. §. 104. die *purgatio morae* so ab, daß man nach Vergleichung des Textes, insonders der darin enthaltenen Worte „für die Zukunft", mit den in den Noten dazu angeführten fr. 23. pr. et §. 1. D. 4. 8. fr. 51. D. 19. 1., zweifelhaft bleiben muß, ob daselbst auch zugleich die *purgatio morae* in Ansehung verabredeter Wirkungen mit abgehandelt seyn soll. Vergleicht man nun noch hiermit, was Thibaut a. a. O. §. 959. nebst Note u) von der *purgatio morae* bei der zwischen dem Verkäufer und dem Käufer verabredeten *lex commissoria* sagt; so ist die Wahl schwer, ob man hierin einen subtilen Unsinn oder einen groben Widerspruch im Systeme zu erkennen habe. Dabei ist denn das Schlimmste, daß Thibaut nicht für der Mühe werth gehalten hat, das so sehr wichtige fr. 23. D. 44. 7., und das wenigstens in unserer älteren Doctrin so verschieden erklärte fr. 8. D. 2. 11. zu allegiren, geschweige zu interpretiren. 2) Thibaut hat von den Grundsätzen über die *mora* eine Ampliation gemacht, vor welcher der Vf. seine Zuhörer war-

nen

nen muß. Die Frage nämlich, „ob der *malae fidei* Besitzer vor der *litiscontestatio* wie ein moroser Debitor zu behandeln ist", findet man bei Thibaut bejaht §. 567. i. d. W. „Ist etwas„ bis „beging„ und eben so §. 742. nr. 2. Der Vf. verneint diese Frage. Thibaut §. cit. 567. not. d. bezieht sich auf vier Stellen, welche von den Verbindlichkeiten des malae fidei Besitzers nach der litiscontestatio, also, von den Verbindlichkeiten eines interpellirten malae fidei Besitzers reden, und sodann noch auf fr. 14. §. 11. D. 4 2. worin von einem *metu rem extorquens* die Rede ist. Allein von solchen Besitzern läßt sich auf einen nichtinterpellirten *malae fidei* Besitzer, der also nicht die fremde Sachverwaltung widerrechtlich hindert, kein Schluß machen. Daß ein solcher *culpam* und darum auch die zu beziehen möglichen Früchte ersetzen muß, ist in der Lehre von der Culpa darzustellen; hingegen für den Zufall haftet er nicht. Die positiven Beweise hierüber liegen nicht nur in der eigenen gesetzlichen Behandlung der Prästationen des morosen Debitors und der des *malae fidei* Besitzers; sondern auch in Gesetzen, welche mit dürren Worten bestimmen, daß der nichtinterpellirte malae fidei Besitzer, sogar wenn er ein invasor hereditatis alienae jacentis ist, nur dolum und culpam, also nicht den Zufall, ersetzen muß fr. 25. §. 2.

 und

und 7. *in fine* D. 5. 3. fr. 27. §. 3. D. 6. 1. fr. 62. *princ.* D. eod. tit., wozu die Glosse a. a. O. pag. 857. not. i. eine sehr richtige Bemerkung gemacht hat. Uebrigens hatte die gegen Thibaut gerügte Ampliation schon seit Noodt und Cocceji von Zeit zu Zeit ihre Vertheidiger, worunter manche sogar im fr. 20. §. ult. D. 5. 3. den Rechtszwang gegen den nichtinterpellirten malae fidei Besitzer zum Ersatze des Zufalles finden wollten, welche aber alle wie Thibaut die Theorie der eigentlichen *mora* (*ex interpellatione*) im Geiste des fr. 32. *princ.* D. 22. 1. nicht verstanden.

§. 24.

II. Wenn ohne *mora* des Debitors in ihm der Grund einer widerrechtlichen Beschädigung oder des widerrechtlichen Verlustes der Sache des Sachberechtigten liegt, so ist dieser Grund entweder widerrechtliche Thätigkeit oder widerrechtliche Unthätigkeit.

Widerrechtliche Thätigkeit stellen dar diejenigen Facta, durch welche, nicht nach einer anderen (d. h. auf jene folgenden) von aussen dargebotenen (d. h. zu befürchtenden) Schadens-Ursache, eine Schadens-Zufügung ungerecht

recht ist (ea ...., per quae non extrinsecus alia causa oblata *damno* quis adfectus est). Die Ungerechtigkeit eines Schadens [*damnum* im juridischen Sinne des fr. 151. D. 50. 17.] wird bestimmt theils durch das Daseyn eines Willensfehlers des Debitors (damnum dolo datum), theils durch das Daseyn eines ihm zuzurechnenden Verstandesfehlers (damnum culpa datum). Jener besteht in der Verletzung der Verbindlichkeit, einen vorhergesehenen Schaden abzuwenden; dieser in der Verletzung der Verbindlichkeit, einen Schaden vorherzusehen zum Zwecke der Abwendung. Beide Fehler werden auch bezeichnet durch das Gattungswort „*Culpa*„ (*). Wenn nun einer von diesen Fehlern vorhanden ist zur Zeit, während welcher das Schaden veranlassende Factum gemacht wird, geschieht, oder sich selbst durch eigene activische, gleichwohl durch eine zufällige Ursache von aussen getriebene, Kräfte entwickelt oder erneuert; so darf der Debitor das Factum nicht oder nicht so machen, nicht oder

(*) So wird der *dolus* durch den Ausdruck „*culpa*„ bezeichnet z. B. im fr. 14. §. 1. D. 49. 16. fr. 15. D. 43. 16. fr. 9. §. 3. D. 4. 4. fr. 5. §. 1. D. 9. 2. fr. 3. D. 16. 3. Cod. 6. 59. auth. „Omnes pereg.„ in fin. Cod. 9. 4. c. 2. Cod. 7. 32. c. 11. u. v. a.

oder nicht so geschehen lassen, nicht oder nicht so sich entwickeln oder erneuern lassen; sonst ist der durch das Factum, oder durch seinen Causalzusammenhang mit einer Schadensursache von aussen, entstandene Schaden durch die überall dem Debitor als sein Thun zu imputirende Production oder Selbstentwickelung oder Selbsterneuerung des Factums ungerecht (widerrechtliche Thätigkeit — *damnum injuria datum*). Wenn hingegen einer von den besagten beiden Fehlern vorhanden ist, entweder ohne Factum, oder erst nach Beendigung des Factums, nur in Bezug auf eine, im letzten Falle hinterher, abzuwendende oder zum Zwecke der Abwendung vorzusehende Schadensursache von aussen; so ist der Debitor verbunden, diese abzuwenden; sonst ist der entstandene Schaden durch Nichtabwendung der Schadensursache von aussen, oder durch Nichtabänderung des beendigten Factums ungerecht (widerrechtliche Unthätigkeit — entweder *dolus* im Nichtthun, oder *culpa* im engen Sinne).

Thibaut hat diese Begriffe umgangen (*), und nichts davon verstanden. Ueberhaupt hat der Vf. eine Ahnung davon, und eine vernünftige Exegese des fr. 57. D. 19. 2. in der ganzen Doctrin nicht gefunden,

(*) System des Pand. §§. 251. bis 254.

fünden, indem die meisten unserer Juristen gar nicht darauf sich eingelassen, und andere wenige, wie z. B. Suarez de Mendoza (bei Meerman), Westphal, und noch ein Schriftsteller im Jahre 1808, eine sich selbst, durch den deutlichsten Inhalt des Fragmentes, widerlegende Erklärung der Glosse nachgeschrieben haben.

§. 25.

Unterstellen wir, a) daß die actiones damni injuriae d. h. die actiones ex lege aquilia, nämlich die directa actio ex lege aquilia, die utilis actio ex lege aquilia, und die actio in factum ad exemplum legis aquiliae nicht gegen widerrechtliche Unthätigkeit, sondern nur gegen widerrechtliche Thätigkeit gehen fr. 13. §. 2. D. 7. 1., nach den Unterscheidungen in Inst. 4. 3. §. ult.; — b) daß die Gesetze bei einer und derselben vertragsmäßig erlaubten Handlung in Rücksicht des Zuvielthuns wie in Rücksicht des Zuwenigthuns nur ganz gleichen Grad von Fleiß dem handelnden Contrahenten auferlegen können; — c) daß der Miether regelmäßig nicht den höchsten, sondern nur mittleren Fleiß, folglich bei einer und derselben vertragsmäßig erlaubten Handlung sowohl in Rücksicht des Zuvielthuns als in Rücksicht des Zuwenigthuns, anzuwenden schuldig ist fr. 23. D. 50. 17.

fr.

fr. 5. § 2. D. 13. 6.; so wird aus diesen Grundsätzen der wahre Sinn des fr. 57. D. 19. 2., und daraus die Richtigkeit der gegebenen Begriffe von widerrechtlicher Thätigkeit und Unthätigkeit, gleich rein hervorgehen. Den Schaden hatte freilich in dem Falle dieses Fragmentes die *congestio*, obgleich nur mittelbar, doch als erste Veranlassung so gut wie der erst dadurch möglich gewordene *humor* bewirkt: dieß mögten wohl auch weder der genialische Labeo noch der schlichte Javolen in Abrede zu stellen sich getraut haben. Hingegen durfte der Miether der area vermöge des von ihm anzuwendenden nur mittleren Fleißes vor und bei Beendigung der ihm vertragsmäßig erlaubten *congestio* das damals sehr wenig merkbare Verhältniß der Gefährlichkeit etwan künftigen anhaltenden Regens in dem Falle des Fragmentes unberechnet lassen. Und darum war der nachherige Schaden ungerecht, nicht durch die *congestio* selbst d. h. nicht durch ihre Anlage und Beendigung, sondern durch die *congestio* als bleibendes Object, woraus nachher Regen und Luft einen nun mit mittlerem Fleiße vorzusehenden schädlichen *humor* producirten. Dieß ist die eigentliche Beziehung des Grundes der Entscheidung, daß hier nicht die damni injuriae actio d. h. weder die actio legis aquiliae directa oder utilis, noch die unter der damni injuriae

riae actio auch begriffene actio in factum ad exemplum legis aquiliae, sondern *ex locato tantummodo* actio Statt findet. Wer denn etwan, ungeachtet dieser letzteren möglichst deutlichen Worte, noch zweifeln kann, ob Labeo unter „*damni injuriae actio*„ hier wirklich alle drei Klagen ex lege aquilia habe begreifen und für unstatthaft erklären wollen; der bedenke noch, 1) daß hier, wo doch nur *occasio* damni praestita war, nach fr. 7. §. 6. fr. 9. pr. fr. 11. §. 1. fr. 33. §. 1. frr. 41. 42. D. 9. 2. fr. 50. §. 4. fr. 51. D. 47. 2. die *actio utilis ex lege aquilia* oder die *actio in factum ad exemplum legis aquiliae* hätte Statt finden müssen, wenn nicht zur Ausschließung auch dieser beiden Klagen die Unthätigkeit des Miethers den Grund gegeben hätte — 2) daß von der Anwendbarkeit der *damni injuriae actio*, wenn man diesen Ausdruck hier nur auf die actio legis aquiliae directa beziehen wollte, Labeo am Schlusse des fri 57. eine doppelt fehlerhafte Bestimmung gegeben hätte, indem diese Bestimmung eben so wenig alle Bedingungen der actio legis aquiliae directa umfaßt, als sie die Bedingungen der utilis actio legis aquiliae und der actio in factum ad exemplum legis aquiliae ausschließt Inst. 4. 3. §. ult. — — Mit dem fr. 57. D. 19. 2. sind hier noch mehrere wichtige Stellen, woraus die Richtigkeit unseres Begriffes von widerrechtlicher Thätigkeit

tigkeit sich bestätigt, zu vergleichen. Erstens das fr. 18. D. 8. 2. Wenn die von dem Servitutberechtigten angelegten Wasserleitungsröhren dem Nachbar schaden, so geschieht dieß der Regel nach nur dadurch, daß der Servitutberechtigte nicht gehörig die Röhrleitung angelegt oder beobachtet oder ausgebessert hat (*). Einen solchen Schaden kann er mit höchstem Fleiße, den er in diesem nichtvertragsmäßigen Verhältnisse leisten muß, vorhersehen und abwenden; sonst hat gegen ihn, da aus seinem sich selbst durch eigene activische Kräfte erneuernden Factum, gleichwohl etwan durch gleichzeitige Mitwirkung einer Schadensursache von aussen, der Schaden entsteht, wegen widerrechtlicher Thätigkeit die actio utilis ex lege aquilia oder die actio in factum ad exemplum legis aquiliae Statt (**). Zweitens das fr. 30. §. 3. D. 9. 2. Wenn der Eigenthümer auf seinem Felde, des in dieser Gesetzstelle angegebenen an sich erlaubten Zweckes wegen, ein Feuer angemacht hat, aber an einem windigen Tage; oder wenn er das zu demselben Zwecke an

(*) Vergl. *Vitruv. de architectura* VIII. 7. (Rode's Uebers. Bd. 2. S. 174. folg.)

(**) Ueber den Schluß des fr. 18. D. 8. 2. und über das fr. 27. §. 10. D. 9. 2. vergl. mit fr. 32. fr. 18. §. 4. fr. 24. §. ult. in fine D. 39. 2. nach der von Suarez de Mendoza unvernünftig mißverstandenen Bartholusschen Interpretation mündlich.

an einem nichtwindigen Tage angemachte Feuer nachlässig hat um sich greifen, oder dasselbe durch nichtvorherzusehende Windesgewalt getrieben nachläßig hat weiter um sich greifen lassen; so ist er wegen des aus seinem sich selbst durch eigene activische Kräfte entwickelnden Factum d. h. durch seine widerrechtliche Thätigkeit, aus gleichwohl geringstem Versehen, entstandenen Schadens dem Nachbar actione utili ex lege aquilia oder actione in factum ad exemplum legis aquiliae gehalten.. Drittens und viertens das fr. 7. §. 8. und das fr. 8. *princ.* D. 9. 2., worin die beiden Beispiele von widerrechtlicher Thätigkeit, unserer Ansicht gemäß, unverkennbar sind.. Die eigene Reflexion wird jedem zeigen, wie in diesen vier letzteren Fällen durch das Factum, nicht nach einer anderen (darauf folgenden) von aussen dargebotenen (zu befürchtenden) Schadens-Ursache, die Schadens-Zufügung ungerecht ist.

Ist nun die obige Interpretation des fr. 57. D. 19. 2. die einzige vernünftig mögliche, so beweist sie zugleich, daß das römische Recht von dem §. 25. *princ.* unter b) aufgestellten nothwendigen Grundsatze wirklich ausging. Indessen würde jene Interpretation selbst falsch seyn, wenn der Miether regelmäßig für höchsten Fleiß haftete, oder, wenn es kein

vom

vom mittleren unterschiedenes geringstes Versehen gäbe; denn unter dieser Voraussetzung hätte der Miether der area in dem Falle des fr. 57. D. 19. 2. schon bei dem Congeriren an die mit höchstem Fleiße unstreitig gleich damals vorherzusehen mögliche Gefährlichkeit etwan künftigen anhaltenden Regens denken müssen, so, daß ohne dieses schon sein Congeriren selbst, wie es im fr. 57. dargestellt ist, ungerecht gewesen wäre. Demnach ist jetzt der exegetische Beweiß vollständig zu führen, daß nach römischen Ansichten der Verstandesfehler überhaupt in drei Grade im Allgemeinen zerfällt — in grobes, mittleres, und geringstes Versehen. Das grobe Versehen, in Unthätigkeit oder in Thätigkeit bestehend, heißt *culpa lata;* das mittlere, gleichfalls in Unthätigkeit oder in Thätigkeit bestehend, heißt *culpa levis* oder *culpa* ohne Zusatz; das geringste, in Unthätigkeit bestehend, heißt *omissa diligentia*, in Thätigkeit bestehend *culpa levissima*.

§. 26.

Für diese Trichotomie hatte man schon vor Doneau, der sie in die noch jetzt von Thibaut aus lauter indirecten und gemißdeuteten Stellen vertheidigte Dichotomie umschuf, einen directen Beweis gefunden. Es ist nämlich aus der Abfassung des fr. 47. §. 5.

§. 5. D. 30. höchstwahrscheinlich, daß Ulpian darin drei Grade der Culpa darstellen wollte; und der nämliche Ulpian konnte als ein Rechtsinterprete, der nicht den Superlativ Statt des Positives gebrauchen darf, unmöglich sogar „in lege aquilia ET *levissima* culpa venit„ im fr. 44. pr. D. 9. 2. sagen, ohne durch diese beiden Fragmente die volle Versicherung zu geben, daß er wirklich drei Grade des Versehens annahm — so interpretirten von alten Zeiten her unsere Doctrin und Praxis.. Aber einen zweiten directen Beweiß dafür hatte der Vf. schon 1806. in einer Stelle von Ulpians Schüler, im fr. 54. §. 2. D. 41. 1., entdeckt, welcher jetzt noch anschaulicher werden wird durch einen dritten directen Beweiß für die Trichotomie der Culpa, welchen der Vf. seitdem erst gefunden hat und welcher ihm nicht dem entferntesten Zweifel unterworfen scheint. Wenn nämlich ein Classiker sagte „in hanc actionem *ultra culpam nihil* venit"; so läge in diesem Ausdrucke nebst seinem positiven Inhalte unwidersprechlich auch zugleich eine Ausschließung alles desjenigen, was der Classiker hier unter seiner Bezeichnung „culpa„ (levis) nicht begreifen wollte. Dieses Ausgeschlossene würde denn seyn entweder 1) culpa levis in non faciendo sogar, wenn man des Classikers „*ultra culpam*" von ultra culpam levem in faciendo versteht: oder 2) geringstes Versehen und Zufall, wenn man das „*ultra culpam*„

pam" von ultra culpam levem in non faciendo (worunter die culpa levis in faciendo ohnehin begriffen ist) versteht: jedoch 3) nach eben dieser Auslegung des „*ultra culpam*", wenn man unter der culpa levis in non faciendo mittleres und geringstes Versehen zugleich begreift, würde das Ausgeschlossene der Zufall allein seyn. Nun existirt wirklich im Corpus Juris eine Stelle, worin Paulus von den actiones locati conducti zwischen dem dominus soli und dem superficiarius sagt „*in quas tamen actiones* ULTRA CULPAM NIHIL *venit*". Was ist also hier das Ausgeschlossene? Da in dem Miethcontracte, was noch von keinem Juristen je bezweifelt worden ist, *culpa in non faciendo* geleistet werden muß; so muß Paulus sagen gewollt haben „in quas tamen actiones ultra culpam *in non faciendo* nihil venit; und hiernach ist das Ausgeschlossene nothwendig entweder das eigentliche geringste Versehen und der Zufall, oder der Zufall allein. Daß aber dieses Ausgeschlossene wirklich nicht der Zufall allein ist, ergibt sich unläugbar daher, weil Paulus sagt „in quas tamen actiones *ultra culpam* (*levem* in *non* faciendo) *nihil* venit: *plus* autem in stipulationem venit damni infecti, quod (cunque) quidem vitium ejus (soli aut superficiei) esse dicitur", und doch die stipulatio damni infecti nicht

auf

auf Ersatz des Zufalles geht, nach den deutlichen Bestimmungen des fr. 24. §. 3. u. 4. D. 39. 2.: folglich muß das vermöge der stipulatio damni infecti zu leistende *plus* quam culpa in non faciendo zwischen der culpa levis in non faciendo und dem Zufalle in der Mitte liegen, d. h. geringstes (vom mittleren getrenntes) Versehen seyn, wie es denn auch, mit deutlicher Auflösung des Begriffes von vitium in den Begriff von Versehen in Nichtthun, durch cit. fr. 24. §. 2. med., §. 3., §. 5., §. 11., und insonders §. 8. bestimmt wird. — — Nun zum fr. cit. 54. §. 2. D. 41. 1., welches auch nach der Florent. lautet: „damnum dando [liber homo qui bona fide nobis servit] damni injuriae tenebitur ut *tamen* culpam in damno dando exigere *debeamus* graviorem *nec tamen* (ja nicht *tam!*) levem quam ab extraneo". Thibaut übersetzt es so: „der bona fide serviens verantwortet nur gröbere Versehen (culpam graviorem), nicht aber geringe (levem)" (*). Hiergegen hat

(*) Den Ort, wo diese Thibautsche Uebersetzung zu finden ist, und das Compliment, welches Thibaut in seinen Vorlesungen gelegenheitlich bei dem fr. cit. 54. §. 2. Dig. 41. 1. dem Vf. zu machen pflegt, gibt der Vf. in den seinigen mündlich an, damit man sich überzeuge, wer von den beiden Pandectenlehrern denn eigentlich hier der sehende Jurist sey.

hat der Vf. Manches zu erinnern. Erstens — sollen nur zwei Grade der Culpa, lata und levis, angenommen, und das „*tamen*„ in der ganz ungewöhnlichen Bedeutung „aber„ erklärt, und hiernach der bona fide serviens vom Ersatze der culpa levis frei gesprochen werden; so ist dieser Erlaß wirklich so sehr groß, daß Julian und Ulpian doch auch wohl etwas davon hätten sagen müßen in fr. 13. §. 1. D. 9. 2. Darum schon wäre denn die Thibautsche Uebersetzung unrein. Aber noch eine Kleinigkeit kömmt hinzu. Nämlich die wörtliche Version, woraus jene Thibautsche Interpretation hervorging, ist nothwendig diese: „wir können (vom bona fide serviens) nur culpam graviorem exigere, nicht aber levem". Allein DEBERE heißt „müßen", und nicht „können„ oder dürfen". Und weil in Modestins Fragmente das „DEBERE„ oder „müssen„ schlechterdings nur eine und dieselbe Bedeutung, wie in der ersten Affirmation, so in der darauf folgenden Negation, haben kann, so ist diese Bedeutung ganz genau anzugeben und festzuhalten. Da nun die Affirmation in dem Fragmente bedeutet „wir müßen culpam graviorem exigere", und dieß keinesweegs „wir dürfen oder können", sondern „wir sind (rechtlich) genöthigt„ heißt, — und die darauf folgende Negation grammatisch richtig construirt, nämlich „nec tamen exigere debeamus

mus levem„, nur heißen kann „wir sind jedoch nicht (rechtlich) genöthigt exigere levem"; (*) so ist doch wohl ganz klar, daß Modestin nicht daran gedacht hat, zu sagen „der bona fide serviens hafte nur für culpa lata" ... Demnach ist der, auch von Ant. Augustin, und von Suarez de Mendoza wieder auf eine andere Art, mißkannte verbale und mentale Sinn des cit. fri 54. §. 2. dieser: „die widerrechtliche Thätigkeit des bona fide serviens ist der damni injuriae actio unterworfen; doch ist bei ihm zur Entschädigungs-Verbindlichkeit erforderlich eine schwerere Schuld, als bei Dritten; doch ist auch bei ihm zur Entschädigungs-Verbindlichkeit nicht erforderlich diejenige schwerere Schuld als bei Dritten, welche *levis* ist — ut *tamen* culpam in damno dando exigere *debeamus graviorem, nec tamen exigere debeamus*

eam,

(*) Von selbst auffallend ist der Unterschied dieser allein richtigen Construction und Version von der, welche *à la* Thibaut noch ein Schriftsteller im Jahre 1808. gegeben hat, nämlich „*culpa levis* aber muß er (der homo liber bona fide serviens) nicht, wie der *extraneus*, prästiren„. Hier ist zwar das „*debere*„ durch „müßen„ übersetzt, aber — in der unrechten Person... Hierbei noch mündlich über die Version des fr. 54. §. 2. D. 41. 1. in den Basiliken und von Reitz (bei Meerman).

eam, quae levis est (*), *graviorem* (s. *levem graviorem*), *quam ab extraneo*. Die culpa in damno dando exigenda ab extraneo ist die levissima; und eine culpa in damno dando ab homine libero bona fide serviente exigenda gravior quam ab extraneo könnte nun seyn entweder 1.) ea, quae lata est, gravior (s. lata gravior) quam ab extraneo, oder 2.) ea, quae levis est, gravior (s. levis gravior) quam ab extraneo, oder 3.) ea, quae levem inter et levissimam est, gravior quam ab extraneo. Aber nur diese letzte, nicht die zweite, viel weniger die erste, wollte Modestin als erforderlich zur Entschädigungs-Verbindlichkeit bei einem homo liber bona fide serviens darstellen. Die Begriffe von dem dolus und von den drei Graden der culpa haben zwar ihre allgemeinen festen Bestimmungen; es gibt jedoch einige Ausnahmsfälle, wo der Richter jene Begriffe nicht so ganz strenge nehmen soll; so z. B. im fr. 61. §. 6. D. 47. 2., verb. „*quin etiam etc.*„; so im fr. 15. §. 11. D. 43. 24.; und so soll denn auch nach fr. cit. 54. §. 2. der homo liber bona fide serviens für geringeres als mittleres Versehen, d. h. für geringstes Versehen jedoch nicht nach

der

(*) Der Ausdruck „*culpa levis*„ wird durch „ *ea, quae levis est*, „ im fr. 47. §. 5. D. 30. umschrieben. Mündlich, wie vielmal derselbe im Corpus Juris vorkömmt.

der völligen Strenge dieses Begriffes, verantwortlich seyn.

Nebst diesen drei directen Beweisen gibt es noch einen vierten und einen fünften, wodurch die Trichotomie der Culpa immer mehr als herrschend in der ganzen römischen Doctrin erscheint. Den vierten directen Beweis dafür enthalten Cod. 5. 51. c. 7. und fr. 10. D. 26. 7. vergl. mit fr. 53. §. 3. D. 47. 2. Die beiden ersten Stellen sprechen die allgemeine Regel aus, daß der Vormund für culpa *levis* in *non* faciendo, und die letzte Stelle spricht von Ausnahmsfällen, wo er für die classische *diligentia* verantwortlich ist. Da nun die *diligentia*, nach diesen Stellen, nicht gleichen Grades mit culpa *levis* in non faciendo seyn kann, so folgt hieraus nothwendig, was der Vf. beweisen wollte. Endlich den fünften directen Beweis für die Trichotomie der Culpa enthalten fr. 23. D. 50. 17. fr. 5. §. 2. D. 13. 6.. Daß in der ersten Stelle das gleichwohl auch in der Florentina befindliche „quidEm„ in „quidAm„ emendirt werde, fordert schon die grammatische Construction, wenn sie nicht absurd seyn soll, wie selbst die von Jac. Godefroi(*)

*) Die übrigen Ansichten von Jac. Godefroi, so wie die Meinungen der vielen anderen Commentatoren, über fr.

„Ulpiani mens fuit h. l., *in his*, octo scil. *negotiis* superius nominatis, *contractus diligentiam recipere.*„ immerhin bleibt, wenn man sie auch in diesen Ausdrücken echt und schonender darstellt, als Reinold. Der richtigeren Leseart des fri cit. 23. gemäß sollen nun von den acht darin vorerst aufgeführten Contracten, nämlich von 1.) mandatum, 2.) commodatum, 3.) venditum, 4.) pignori acceptum, 5.) locatum, 6.) dotis datio, 7.) tutelae, 8.) negotia gesta, einige ihrer Natur nach die Verbindlichkeit zum Ersatze des geringsten Versehens im Nichtthun sogar begründen — in his (octo contractibus) *quidam et diligentiam* (recipiunt)„. Unter einigen von acht können aber nicht einmal vier, wie Cujas, die Tutelen mit unter diese einigen rechnend, angibt, sondern höchstens drei gemeint seyn. Und nach unserem Systeme der Trichotomie der Culpa sind von jenen acht Contracten diese drei die Verbindlichkeit zum Ersatze des geringsten Versehens im Nichtthun (die classische *diligentia*) begründenden, das *mandatum*, das *commodatum*, und die *negotia gesta*; hingegen in den anderen fünf von jenen acht Contracten ist nur mittleres Versehen im

fr. 23. D. 50. 17. werden, der leichteren Beurtheilung wegen, erst unten, nach gegebener Entwickelung der classischen *custodia* u. s. w., angezeigt.

im Nichtthun (*culpa* ohne Zusatz, *culpa levis*) zu leisten. Für diese Interpretation können hier nicht alle, doch aber einige Beweisstellen angeführt werden, welche so unwiderleglich sind, daß, wenn es wirklich nicht blos scheinbare Gegenbeweisstellen gäbe, Antinomie angenommen werden müßte. Mandatare und Geschäftsführer nämlich sind auch nach Cod. 4. 35. c. 21. Cod. 4. 32. c. 24. Inst. 3. 28. (27.) §. 1. *in fine*, und Commodatare nach fr. 5. §. 2. fr. 18. pr. D. 13. 6., zur *diligentia* gehalten. Hingegen vier von jenen fünf nach fr. 23. D. 50. 17. den Ersatz der *culpa* (*levis in non faciendo*) begründenden Contracte — der Kaufcontract fr. 21. *circa fin.* D. 18. 4. — der Miethcontract fr. 14. §. 12. D. 47. 2. — der Dotalcontract fr. 49. pr. D. 24. 3. — und der Pfandcontract fr. 13. §. 1. fr. 14. D. 13. 7. fr. 18. pr. in fine D. 13. 6. — begründen nach fr. 5. §. 2. D. 13. 6. nicht die Verbindlichkeit zur *diligentia*. Uebrigens hat Ulpian zwar weder im fr. 23. D. 50. 17. ausdrücklich, noch im fr. 5. §. 2. D. 13. 6., gesagt, daß der Vormund (der Regel nach) nur für *culpa* (*levis in non faciendo*) und nicht für *diligentia* haftet; aber dieß ergibt sich ja aus unserem vierten directen Beweise für die Trichotomie der Culpa eben so unwiderleglich als wenn es in jenen Stellen von Ulpian ausdrücklich gesagt wäre. Demnach ist denn wohl das „quidam„ gar nicht

nicht so peinigend, daß Godefroi in der Rettung des römischen Classikers gegen diesen Vorwurf einen Grund zur Beibehaltung der florentinischen Leseart hätte suchen dürfen; vielmehr sind Reinolds tadelnde Bemerkungen gegen Godefroi hierüber und über seine Umgehung der Scholien zum Harmenopulus vollkommen gerecht; und überhaupt ist es unbegreiflich, wie Godefroi seine Interpretation des fri 23. D. 50. 17. so schlechthin damit beschließen konnte „*et haec quidem ita Ulpianus hac regula seu lege libris ad Sabinum, cui tamen libris ad edictum* (fr. 5. §. 2. D. 13. 6.) *alia in nonnullis sententia placuit*„!

Noch ein Schriftsteller im Jahre 1808 hat sich einfallen lassen, im fr. 23. D. 50. 17. das florentinische „*quidem*“ in „*quedam*„ (soviel als „*quaedam*„) zu verändern. Nach dieser Emendation ist, seiner Meinung nach, in der Stelle die vollkommenste Ordnung. „Zuerst, meint derselbe, würden die Geschäfte angegeben, wo nur *dolus*, dann die, wo *culpa* prästirt würde. Diese letzteren würden in zwei verschiedenen Sätzen aufgezählt. In dem ersten diejenigen, wo auch für *diligentia*, in dem zweiten die, wo für keine *diligentia* gehaftet werden müßte. Da aber unter den letzteren ein Geschäft sich befände, wo auch die Verbindlichkeit zur

Prä-

Präſtation der diligentia Regel seyn könnte, die *negotia gesta*, so würde dieses durch die Parenthese „*in his quaedam et diligentiam*„ angedeutet — die actio negotiorum gestorum nämlich ginge auf *diligentia* bei einzelnen ohne Auftrag besorgten Geschäften, aber weder gegen den Curator, noch in den Voraussetzungen des fri 19. §. 2. D. 26. 2. (wiederholt im fr. 29. D. 3. 5.)„... Vor allen Dingen muß der Vf. hier bemerken, daß die im fr. 19. §. 2. D. 26. 2. vorkommenden negotia gesta etwas Seltenes, nichts Regelmäßiges, sind, und daß gegen den Curator zwar *utile* negotiorum gestorum judicium, aber als identisch mit *utile tutelae* judicium, Statt findet Cod. 5. 51. c. 7. (add. c. 3. in fine eod. und fr. 1. §. 2. D. 27. 4.), mithin Ulpian, da er im fr. 23. D. 50. 17. unter „*tutelae*“ nothwendig auch die „*curae*„ und zwar eben so nothwendig mit ihrem Anhange, dem ebengedachten judicium *utile* tutelae seu negotiorum gestorum begriff, in dem „*negotia gesta*„ keineswegs noch einmal die ohnehin nur *utiliter sic dicta* negotia gesta a curatore mitbegreifen konnte. Offenbar aber begriff Ulpian unter „*negotia gesta*„ auch nicht die seltenen des fri 19. §. 2. D. 26. 2., sondern nur die regelmäßigen wahren *negotia gesta*; denn, wenn er diese beiden unter jenem Ausdrucke hätte begreifen und das „*in his*„

nur

nur auf „*negotia gesta*„ beziehen gewollt, so hätte er ja von den regelmäßigen *negotia gesta*, welche die Verbindlichkeit zur diligentia begründen (Cod. 4. 32. c. 24 Inst 3. 28. §. 1. *in fine*), nicht ohne groben Sprachfehler Statt „*plurima*„ oder „*pleraque*„ — „*quaedam* (in negotiis gestis recipiunt diligentiam)„ sagen können. Ueberdieß ist denn auch bei unseres Gegners doppelter Emendation in einem Worte noch Schade, 1., daß hiernach derjenige Satz des fri 23. D. 50. 17., welcher die contractus *diligentiam* recipientes enthalten soll (anfangend von „*dolum et culpam*„ und gehend bis „*item*„), in Ansehung der Kauf- Mieth- und Pfand-Contracte einen Widerspruch mit fr. 5. §. 2. D. 13. 6., d. h. eine Antinomie zwischen Ulpian und Ulpian, darstellte — 2., daß Ulpian im fr. 23. D. 50. 17. die gar wunderliche Darstellungsmanier affectirt hätte, die die Verbindlichkeit zur *diligentia* begründenden regelmäßigen wahren *negotia gesta* just nicht unter die angebliche geschlossene Reihe der contractuum diligentiam recipientium, sondern umgekehrt unter die contractus non recipientes diligentiam, — mit einer berichtigenden Parenthese — aufzunehmen!

Einen sechsten directen Beweis für die Trichotomie der Culpa konnte der Vf. bis jetzt nicht finden,

den, und wer einen solchen im fr. 1. §. 1. *circa fin.* D. 11. 6. finden will, irrt in einer beinahe verzeihlichen Unkunde. Das Nähere hierüber unten bei der ausführlichen Interpretation dieser ganzen Stelle.

Von den indirecten Beweisen für die Trichotomie der Culpa liegt einer der interessantesten in dem oben abgehandelten fr. 57. D. 19. 2., und mehrere Beweise dieser Art werden unten beiläufig vorkommen. Doch ist hier noch merkwürdig die im fr. 6. und fr. 9. §. 2. D. 22. 6. enthaltene analoge Anwendung der trichotomischen Culpa auf die *facti ignorantia.* Da jedoch diese facti ignorantia keine widerrechtliche ignorantia ist und ihr Gegensatz keinen *dolum* darstellt, folglich dieselbe weder unter den Begriff der eigentlichen Culpa noch in eine Theorie hiervon gezogen werden kann; so will der Vf. hier nur mündlich (*) seinen Zuhörern jene analoge Trichotomie und dabei erläutern, daß im cit. fr. 6. die scrupulosa inquisitio oder delato-

(*) Hieraus schöpfe man nicht etwan den Verdacht, daß der Vf. auf diese Art einer Schwierigkeit auszuweichen gedenke. Nur eine eigentlich nicht hierher gehörige, nothwendig weitläuftige, Entwickelung will er ihrem Orte vorbehalten, und indessen versichern, daß eine Theorie vom Irrthume, fast durchaus gegen Thibaut gerichtet, nun bald erscheinen wird.

latoria curiositas nicht, wie Thibaut irgendwo behauptet hat, tadelnd so genannt, und nicht als eine sogar nicht von demjenigen, von welchem auch an sich schlechthin aller Fleiß verlangt wird, zu leistende Anstrengung dargestellt ist u. s. w.

In Ansehung des fri 23. D. 50. 17. kann über Thibaut hier noch weiter nichts angemerkt werden, als, daß dieser sich auf das *quidEm*„ oder „*quidAm*„ mit keiner Sylbe eingelassen hat, und daß der Vf. hierüber jeden denken läßt was er will.

§. 27.

Die Widerlegung der scheinbaren Gegenbeweisstellen wider die Trichotomie und für die Dichotomie der Culpa setzt fast überall die richtigen Begriffe von der classischen *custodia*, von der *diligentia qualem diligens paterfamilias praestat*, von der *diligentia quam quis suis rebus adhibet*, von der *culpa omnis* u. s. w. voraus, und muß also noch aufgeschoben bleiben. Eine jener Gegenbeweisstellen aber kann ohne diese Voraussetzungen, mithin schon hier, widerlegt werden. Da nämlich die Klage aus dem aquilischen Gesetze wegen eines jeden, auch des geringsten, Versehens im Thun Statt findet, so habe Paulus, sagen die Dichotomisten, im fr. 31. D. 9. 2. unter

unter dem Ausdrucke „*culpa*„ auch das geringste, wie das mittlere, Versehen begreifen, und auf diese beiden die in dem Fragmente gegebene Definition von „*culpa*„ beziehen gewollt, und demnach seyen mittleres und geringstes Versehen nur dem Namen nach, nicht aber in rechtlicher Beziehung, von einander verschieden. Allein gegen diese Deduction bemerkte Suarez de Mendoza vollkommen richtig, „in dem Falle des ersten Theiles dieses Fragmentes „*si* — *possit*„ werde culpa *lata* (fr. 7. D. 48. 8. *Paul.* Sent. rec. V. 23. §. 12.), in dem des zweiten „*sed* — *fiat*„ culpa *levis* angenommen, nur auf die in diesem angenommene *culpa levis* gehe die Muciusche Definition, und der Classiker unterwerfe hier diese culpa levis der aquilischen Klage, nicht als wenn er keine von *levis* rechtlich verschiedene *levissima* kenne und nicht als wenn nicht auch die *levissima* der aquilischen Klage unterworfen sey, sondern weil mittlere Achtsamkeit schon genügend sey um in dem Falle des zweiten Theiles des Fragmentes keinem Vorübergehenden ungerecht zu schaden„. Eben darum und weil eine grobe Unachtsamkeit viel mehr, mithin gewiß auch soviel, als eine mittlere Unachtsamkeit ist, hat Inst. 4. 3. §. 5. (cf. fr. 2. §. 22. D. 43. 8.) jene beiden Fälle des fr. 31. D. 9. 2. der Kürze wegen als „*culpa*“ der aquilischen Klage unterworfen.

§. 28.

§. 28.

Die oben gegebenen und exegetisch erläuterten römischen Begriffe von widerrechtlicher Thätigkeit und Unthätigkeit findet der Rechtsphilosoph in der Natur der Sache. Und eben darin findet er auch, daß wegen widerrechtlicher Thätigkeit eine eigene Klage in jedem Rechtssysteme festgesetzt seyn muß. Denn ausser Contractsverhältnissen läßt sich keine Contractsklage denken; und doch ist ausser Contractsverhältnissen, und ausser dem Verhältnisse des Besitzes in bösem Glauben, jede widerrechtliche Schadenszufügung, wovon ohne *mora* des Debitors in ihm der Grund liegt, nur als widerrechtliche Thätigkeit denkbar. Ausser dem Verhältnisse eines Contractes und ausser dem Verhältnisse des Besitzes in bösem Glauben kann nämlich eine ungerechte Schadenszufügung ohne ein positives Factum nicht gedacht werden, da ausser jenen beiden Verhältnissen der Bürger dem Bürger kein Thun schuldig ist. Schaden veranlassende Facta ausser jenen beiden Verhältnissen aber sind entweder unbedingt unerlaubt d. h. auch ohne Rücksicht auf ihre Folge — oder nur bedingt unerlaubt d. h. in Rücksicht auf ihre vorherzusehende schädliche Folge. Sind sie unbedingt unerlaubte Facta, so kann zwar nicht immer deren schädliche Folge im Voraus, doch aber immer deren Ungerechtigkeit an sich zur Zeit da sie

sie gemacht werden oder geschehen, mit höchstem Fleiße erkannt werden, und eben darum stellen sie immer eine widerrechtliche Thätigkeit dar fr. 28. pr. fr. 29. pr. D. 9. 2. vergl. mit fr. 11. §. 1. §. 4. D. 19. 2. fr. 12. fr. 13. pr. §. 3. §. 4. eod. verb. „*sed et de aquilia* etc.„ (fr. 5. in fine fr. 6. fr. 7. pr. D. 9. 2.). fr. 1. §. 4. D. 44. 7. fr. 18. pr. D. 13. 6. Inst. 3. 15. (14.) §. 2. (*) fr. 5. §. 7. D. 13. 6.. Sind sie hingegen bedingt unerlaubte Facta, so haben sie entweder eine eigene activische Kraft, oder nicht. Bei den ersten ist der Debitor, in so ferne er mit höchstem Fleiße die Schaden bringende Folge des Factums, wann immer, vorhersehen und abwenden

(*) Diese drei letzteren Stellen behandeln einen Fall als *culpa*, welchen Inst. 4. 1. §. 6. als *furtum possessionis civilis* (*lucri usus gratia*) behandelt. Damit nun nicht hieraus die schiefe, durch fr. 50. §. 2. D. 47. 2. u. a. v. St. deutlich genug widerlegte, doch aber in einer der neuesten Schriften vorkommende, Behauptung, „das römische Recht behandle das (sogenannte) *furtum usus* als reine *culpa*„, einige Stütze erhalte, damit hingegen auch nicht die Idee entstehe, jener Fall könne nur als *dolus* und *furtum* behandelt werden; so ist hier zu bedenken, daß es Modificationen gibt, unter welchen er als dolus und furtum, und andere, unter welchen er blos als culpa erscheint; weshalb der Vf. zum Ueberflusse nochmal das fr. 76. princ. D. 47. 2. (s. §. 3. S. 14.) nachzulesen bittet.

den konnte, wegen widerrechtlicher Thätigkeit (s. ob. §. 24. 25.), und ausserdem gar nicht, gehalten. Unter den letzten aber läßt sich keins denken, dessen ungerecht schädliche Folge nicht schon zur Zeit, da das Factum gemacht wird oder geschieht, mit höchstem Fleiße vorhergesehen werden könnte, und darum ist ebenfalls hierbei der Grund des durch das Factum entstehenden Schadens widerrechtliche Thätigkeit (*). Hiernach ist es denn vergebliche Mühe, wenn man mit Thibaut (a. a. O. §. 254.) u. A. aus fr. 13. §. 2. D. 7. 1. fr. 57. D. 19. 2. fr. 8. pr. fr. 27. §. 9. fr. 28. §. 1. D. 9. 2. die Behauptung, „daß jeder, auch ausser dem Contract, zur diligentia oder custodia verpflichtet sey (d. h. für Unthätigkeit haften müße), wenn aus seinem vorhergehenden positiven Facto die Verbindlichkeit entspringe, die nachtheiligen Folgen desselben abzuwenden„, erraisonniren will; und, daß dieser Thibautschen Behauptung das Prädicat gebühre, welches ihr der Vf. oben §. 2. gegeben hat, so wie, daß keine, auf Ersatz einer solchen Unthätigkeit gehende, Klage in der römischen Gesetzgebung existire, wird wohl nicht lange bezweifelt werden können.

§. 29.

(*) Mündlich über die hier nöthige Ausscheidung alles desjenigen, was den Antrag auf *cautio damni infecti* begründet, wovon unten das Nähere.

§. 29.

Die Klage wegen widerrechtlicher Thätigkeit heißt bekanntlich *damni injuriae actio* Inst. 4. 3. princ. fr. 57. D. 19. 2. fr. 41. D. 9. 2. fr. 13. §. 2. D. 7. 1., und zwar *actio directa ex lege aquilia* (welche auch hin und wieder vorzugsweise damni injuriae actio genannt wird z. B. in fr. 14. §. 3. D. 19. 5.), wenn der widerrechtlich Thätige unmittelbar durch seinen Körper oder durch seine körperliche Richtung eines Werkzeuges einen Körper verletzend oder vernichtend dem Eigenthümer desselben schadete — *actio utilis ex lege aquilia* oder auch *actio in factum*, wenn der widerrechtlich Thätige entweder auf andere Art oder einem Nichteigenthümer schadete fr. 7. §. 1. 2. 3. 6. 7. fr. 9. §. 1. §. 3. fr. 11. §. 1. 5. 6. 8. 10. fr. 13. pr. fr. 27. §. 10. 14. 15. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 31. 32. 35. fr. 29. §. 5. fr. 30. §. 1. 2. fr. 49. pr. fr. 33. §. 1. D. 9. 2. Die Namen „*actio in factum ad exemplum legis aquiliae, actio in factum accommodata legi aquiliae, quasi damni injuriae actio, utilis actio damni injuriae quasi ex lege aquilia*„ kommen vor in fr. 12. fr. 53. D. 9. 2. fr. 11. D. 19. 5. fr. 27. D. 20. 1. fr. 51. D. 47. 2. Voneinander unterschieden waren die actio utilis ex lege aquilia und die actio in factum ad exemplum legis aquiliae bei den Classi-

kern

kern nicht; denn diese nannten hier und da utilis actio ex lege aquilia, was sie anderswo actio in factum nannten z. B. in fr. 53. D. 9. 2. fr. 50. §. 4. fr. 51. D. 47. 2. — fr. 9. §. 2. fr. 29. §. 7. D. 9. 2. fr. 2. §. 20. D. 47. 8. (add. fr. 7. §. 1. D. 11. 7.); und Suarez de Mendoza, Vinnius und Otto hätten dieß Statt ihrer unnützen Distinctionen nur geradezu einräumen sollen: durch eine absichtliche Reform in Inst. 4. 3. §. ult. aber hat Justinian die utilis actio l. aq. von der actio in factum auf das bestimmteste unterschieden. In dieser Stelle sind unter anderen als zwei wichtige Beispiele von widerrechtlicher Thätigkeit, welche nach fr. 1. §. 3. fr. 3. §. 1. fr. 4. D. 11. 3. fr. 9. pr. et §. 2. fr. 29. §. 7. D. 9. 2. ohne Unterschied auch die actionem in factum begründeten, jetzt aber nicht mehr diese, sondern actionem utilem legis aquiliae, begründen sollen, angeführt — die dolosen Rathschläge wenn dadurch einem Körper geschadet worden, und das widerrechtliche Verhungernlassen, unter welchem insonders auch der Fall einer gleichwohl erst in der zu langen Dauer ungerecht werdenden Einsperrung ohne Nahrung begriffen ist, indem der Hunger, wie Sömmerring ausführlich zeigt, den Gang des hitzigsten Fiebers nimmt, und die Activität der einander reizenden und destruirenden Kräfte des verhungernden Menschen oder Thieres dem Debitor überall als sein schädliches Thun imputirt werden muß.

§. 30.

§. 30.

Das Aquilische Gesetz, ein Plebiscit, hob alle, desselben Gegenstände betreffende, frühere Gesetze auf, (*) und bestand aus drei (**) Capiteln, wovon aber das zweite in der Folge außer Gebrauch gekommen war, (***) so daß wir nicht einmal dessen Innhalt mit einiger Zuverläßigkeit anzugeben vermögen.

Nach dem Zweck des ersten Capitels jenes Plebiscits kann derjenige, welcher einen Sclaven, oder solches Vieh, welches mit der Heerde gewaidet wird, (****) widerrechtlich getödtet hat, auf denjenigen höchsten Werth belangt werden, den der getödtete Sclave, oder das getödtete Thier, in dem, von der Zeit der Verwundung an rückwärts zu berechnenden, Jahre einmal gehabt hatte, wenn gleich jener Sclave, oder jenes Vieh, vorher oder nachher innerhalb des nemlichen Jahres durch irgend eine zufällige, oder selbst verschuldete, oder von einem dritten widerrechtlich zugefügte, ersetzte oder nicht vergütete,

(*) Fr. 1. Dig. 9. 2.

(**) Pr. und §. 12. u. 13. Inst. 4. 3.

(***) §. 12. Inst. 4. 3. Fr. 27 §. 4. Dig. 9. 2.

(****) quadrupedem vel pecudem.

gütete, Beschädigung weniger werth gewesen wäre, oder geworden seyn sollte. (*) Vermöge des dritten Capitels kann 1) der, welcher widerrechtlich eines andern Sclaven, oder mit der Heerde zu waidendes Vieh, blos verschlechtert, oder 2) ein anderes fremdes Thier, z. B. eines andern Hund, Bestie oder Vogel, getödtet, **) oder blos verschlechtert, oder 3) eine andere fremde Sache verschlechtert oder ganz verdorben hat, auf den höchsten Werth belangt werden, den der Schadens-Gegenstand in den, von Zeit der Verwundung, Verschlechterung, oder gänzlichen Verderbung, rückwärts zu berechnenden, dreisig Tagen einmal hatte, wäre auch jenes Object vorher oder nachher innerhalb den dreisig Tagen, im Gefolge irgend einer zufälligen, oder selbst verschuldeten, oder von einem Dritten widerrechtlich zugefügten, vergüteten oder nicht ersetzten, Beschädigung weniger werth gewesen (***).

§. 31.

(*) Fr. 2. pr. et §. 2. fr. 21. pr. et §. 1. fr. 23. §. 3 5. et 7. fr. 51. §. 2. Dig. 9. 2. Pr. et §. 1. 9. Inst. 4. 3.

(**) Hier hat Thibaut §. 962. lit. B geirrt.

(***) Fr. 27. §. 5—8. 12. 13. — 20. 22 — 25. 30 — 33., fr. 29. §. 6. 8. Dig. 9. 2. §. 13. et 14. Inst. 4. 3. Sclaven und solches Vieh, welches mit der Heerde gewaidet wird, haben die Römer wahrscheinlich, theils

für

§. 31.

A.

Die durch die Worte des Aquilischen Gesetzes begründete Klage führt den Nahmen: Actio ex lege Aquilia, oder legis Aquiliae, ferner Aquilia, (scil. actio,) auch damni injuria (scil. dati) actio, häu=

für den Ackerbau, theils für die Haushaltung, von Jahr zu Jahr in Handel gebracht, und aus diesem Grunde derselben Werth nach einem jährigen Zeitraum berechnet. Daher der im ersten Capitel des Aquilischen Gesetzes bestimmte Ersatz dessen, quanti in anno proximo retrorsus computando plurimi fuissent.

Hingegen kommt, wann auf eine in dem dritten Capitel des gedachten Plebiscits verbotene Weise ein hierinnen bestimmter, von dem Docenten unter 1. 2 und 3. angegebener, Gegenstand resp. verschlechtert, getödtet, oder verdorben wird, die Berechnung des Ersatzes dessen, quanti diebus XXX. proximis retrorsus computandis plurimi fuissent, wohlglaublich daher, weil die Römer, so wie sie die Zinnsen von Capitalien monatlich berechneten, eben so überhaupt ihre Haushaltungs=Rechnungen mit jedem einzelnen Monat abzuschließen gewohnt waren, so daß die jährliche Berechnung, welche in Hinsicht auf die Objecte des ersten Capitels des Aquilischen Gesetzes begründet war, in Ansehung der Gegenstände und Fälle des dritten Capitels außer Anwendung bliebe.

ſig mit dem Zuſatz: directa. (*) Dieſes Rechtsmittel ſtehet dem Eigenthümer zu, wann der Schade den Körper ſelbſt, oder ein mit dieſem wenigſtens zur Zeit der ſchädlichen Richtung verbundener, nicht menſchlicher Körper, unmittelbar einen Körper widerrechtlich verſchlechtert oder gänzlich verdorben hat.

B.

Es giebt aber auch eine, nicht in den Worten des Aquiliſchen Geſetzes, ſondern in deſſen Geiſte liegende, und als ſolche durch die Interpretation der römiſchen Rechtsgelehrten eingeführte actio utilis ex lege Aquilia, oder legis Aquiliae, oder utilis Aquilia (ſcil. actio), oder quaſi damni injuria (ſcil. dati) actio, oder auch actio quaſi ex lege Aquilia etc. Angeſtellt kann dieſe werden (**) 1) theils von dem bonae fidei poſſeſſor, oder Realberechtigten, oder zum Erſatz des Schadens pflichtigen, auch

(*) Wenn dieſer §. 31. eine, die im §. 29. aufgeſtellten Sätze weiter ausſpinnende, Wiederholung enthält, vielleicht auch die völlige Harmonie jener Sätze mit dieſer nähern Entwickelung wenigſtens zum Theil ſich bezweifeln ließe, ſo erkläre man dieſe Erſcheinung aus der Schlußbemerkung des fragmentariſchen Werkes.

Der Verleger.

(**) Jedoch unter allen übrigen Grundbedingungen der directen Aquiliſchen Klage.

auch zu dieser vollen Leistung vermögensfähigen, Personalberechtigten, theils 2) sowohl von dem Eigenthümer, als von jedem andern der vorhin benannten Berechtigten, in den Fällen, wo der Schade widerrechtlich, auf eine von den zur directen Aquilischen Klage erforderlichen Bestimmungen abweichende Art, jedoch mittelst einer schon in und mit dem facto wenigstens in ihrem Ursprunge vorhandenen Schadensursache, einen Körper verschlechtert, oder gänzlich verdorben, oder natürlich verbraucht, oder mit einem andern schwierig wieder zu sondernden Körper vermischt hat. Beyde Klagen, die directa und utilis, werden auch zuweilen unter der Benennung „Aquilia" zusammen begriffen, und die utilis erhält bisweilen auch ihre Bezeichnung durch die Ausdrücke „Aquilia, quasi ruperit", oder „Aquilia quasi (*) de corrupto — agi potest".

C.

Endlich, wann durch widerrechtliches Handeln des Schadenden, oder durch dessen, in dem Nichtunschädlichmachen einer von ihm, oder seinem juristischen Repräsentanten inter vivos vorher rechtmäßig

(*) Das Wort quasi wird hier nicht, wie häufig, in der eine Demonstration darstellenden Bedeutung genommen, sondern spricht eine Aehnlichkeit aus.

mäßig, oder pflichtig, verrichteten Handlung bestehendes, illegales Unterlassen, ein damnum verursacht, oder nicht ein Körper verschlechtert, gänzlich verdorben, natürlich verbraucht, oder mit einem andern schwierig zu scheidenden Körper vermischt wird, oder zwar eine Verschlechterung, gänzliche Verderbung, natürliche Verbrauchung, oder schon beschriebene Vermischung eines Körpers geschehen ist, jedoch nicht durch eine schon mit dem facto des Schadenden wenigstens in ihrem Ursprunge vorhandene, sondern im Gefolge einer erst nachher von außen (extrinsecus) hinzugekommenen, obgleich ohne jenes factum unmöglichen, nächsten Schadensursache; so findet, da weder die Worte noch der Geist des Aquilischen Gesetzes jene Fälle zum Gegenstand hatten, und doch für selbige, außer Contractsverhältnissen, eine Klage sich nothwendig machte, eine von dem Präter eingeführte actio in factum (praetoria) ad exemplum legis Aquiliae, oder legi Aquiliae acommodata, zum Vortheil derjenigen Statt, welche oben (lit. B.) als zur actio utilis berechtiget dargestellt worden sind. Wohl zu merken ist aber hierbey, daß auch jene actio utilis legis Aquiliae in den Gesetzen häufig den Nahmen actio in factum führt, selbst mit dem Zusatz: ad exemplum legis Aquiliae. Dann ist immer hinzuzudenken: civilis, seu per interpretationem ICtorum Romanorum in-

inducta. So erklärt sich auch, warum nicht selten für einen und denselben Fall in einer Stelle der Gesetze die actio ex lege Aquilia utilis, in der andern aber die actio in factum, scilicet civilis, gegeben wird. Beyde sind identisch *).

§. 32.

Die Widerrechtlichkeit des Schadens, welche jede dieser drei Klagen voraussetzt, bestehet in damno dolo vel culpa praestanda dato; und diese culpa praestanda ist:

1) in Contracts-Verhältnissen (**) entweder nur culpa

(*) Ueber den Inhalt dieses §. sind zu vergleichen: Fr. 7. §. 1—3. 6. 7. fr. 9. 10. fr. 11. §. 1. 5. 6. 8. fr. 12. fr. 13. pr. fr. 17—20. fr. 27. §. 5—35. fr. 29. §. 5. 7. fr. 30. §. 1—3. fr. 31. fr. 33. §. 1. fr. 39. pr. fr. 45. §. 5. fr. 49. pr. fr. 52. §. 2. fr. 53. Dig. 9. 2. fr. 1. §. 7. Dig. 9. 1. fr. 3. §. 1. fr. 4. Dig. 11. 3. fr. 50. §. 4. fr. 51. Dig. 47. 2. fr. 2. §. 10. Dig. 47. 8. §. 1. 14—16. Inst. 4. 3. fr. 13. pr. fr. 57. Dig. 19. 2. fr. 11. et 14. pr. et §. 1. 2. Dig. 19. 5. fr. 11. Dig. 9. 2. fr. 19. Dig. 13. 6. fr. 40. 41. Dig. 19. 2. Arg. fr. 14. §. 2—4, 8. 10. 12. 15. 16. Dig. 47. 2. §. 15—17. Inst. 4. 1. verglichen mit fr. 114. Dig. 50. 16. Const. 1. 2. 3. 5. Cod. 3. 35. Thibaut hat §. 962. die Voraussetzungen der drei Klagen theils gar nicht, theils unrichtig dargestellt.

(**) Die lex Aquilia berücksichtiget, wie schon erwähnt, keine

culpa lata, (*) dolo aequiparanda (**), oder culpa leviſſima ſeu levis omnino (***), je nachdem der ſchadende Contrahente, nach der Natur des vorliegenden Contracts, nur culpam latam, oder auch levem in faciendo zu präſtiren hat.

Es iſt nun zwar in dieſem Fall die actio directa vel utilis legis Aquiliae, weil ſchon der Contract eine

keine durch bloſes widerrechtliches Unterlaſſen verurſachte Schäden, mithin aber auch in Contracts-Verhältniſſen nur ſolche Schäden, welche entweder durch illegales Handeln des Schadenden hervorgebracht werden, oder durch ein ſolches widerrechtliches Unterlaſſen, welches in einen Nichtunſchädlichmachen einer von ihm, oder von ſeinem juriſtiſchen Repräſentanten inter vivos vorher rechtsmäſig, oder gar aus Zwangspflicht, verrichteten Handlung beſtehet, und folglich ſowohl in als außer Contracts-Verhältniſſen geſchehen kann. Fr. 13. §. 2. Dig. 7. 1. fr. 27. §. 9. fr. 30. §. 3. fr. 7. §. 8. pr. Dig. 9. 2. fr. 18. Dig. 8. 2.

(*) i. e. non intelligere quod omnes intelligunt. fr. 213. §. 1. fr. 223. Dig. 15. 16. *Finis* i. e. finitio ſeu definitio. fr. 9. §. 2. Dig. 22. 6.

(**) Fr. 226. Dig. 50. 16. wo man leſen muß: Magna negligentia culpa eſt magna: magna culpa dolus eſt. Fr. 1. §. 1. Dig. 11. 6. fr. 1. §. 5. Dig. 44. 7. fr. 29. pr. Dig. 17. 1. fr. 1. §. 2. Dig. 47. 4.

(***) i. e. quod cum a diligente provideri poterit non eſt proviſum. Fr. 31. Dig. 9. 2.

eine Klage giebt, nicht nothwendig; jedoch ist durch sie das Klagrecht des Beschädigten erweitert, indem er zwischen denselben und der Contracts-Klage die Wahl hat, ingleichen letztere voran anstellen und nachher auch die Aquilische Klage auf das, was er durch diese mehr, als im Gefolge der Contracts-Klage, nach dem Gesetz erhält, anstellen darf. Die actio in factum praetoria hingegen (§. 31. lit. C.) concurrirt nicht electiv mit der Klage aus dem Contract, sondern findet da, wo eine solche Klage gegeben ist, gar nicht Statt *) —

2) außer Contracts-Verhältnissen — wo dann auch die prätorische actio in factum ad exemplum legis Aquiliae, bey dem Daseyn deren Bedingungen und im Mangel der die actio Aquilia directa et utelis civilis begründenden Bestimmungen, angestellt werden kann — culpa vel levissima (**). Von dieser letzten Regel giebt es aber zwei Ausnahmen, nemlich:

α)

(*) Auch hier hat Thibaut §. 964. lit. C. verglichen mit §. 963. gefehlt.

(**) Beyde Sätze ergeben sich aus §. 3. et 14. Inst. 4. 3. fr. 3. et 5. §. 1. et 3. fr. 6. et 7. §. 8. fr. 18. et 27. §. 11. 34. fr. 30. §. 3. fr. 44. pr. fr. 42. Dig. 9. 2. fr. 43. et 30. §. 2. fr. 25. §. 5. fr. 13. pr. fr. 57. Dig. 19. 2. fr. 7. §. 1. fr. 18. §. 1. Dig. 13. 6. fr. 34. §. 2. D. 44. 7.

α) wann ein liber homo bona fide serviens seinem Putativ-Herrn auf eine Weise schadet, welche eine der drei vorbenannten Klagen aus und nach dem Aquilischen Gesetz begründet, (§. 31. lit. A. B. u. C.) so soll die culpa levis jenes Frey-Sclaven nicht ganz scharf beurtheilt werden (*) —

β) wann jemand etwas arithmetisch oder generisch bestimmend, z. B. als Feldmesser, als Bauverständiger, als Calculator u. dergl., einen falsum modum als Resultat des ihm aufgetragenen Kunst-Geschäftes angegeben, hierdurch aber einen Interessenten verkürzt hat, so kann diese Parthey, daferne solche, oder die Richter-Behörde, jenen Sachverständigen zuzoge, und dieselbe auf eine andere Weise sich nicht erholen kann, den Aussprecher des falsi modi zwar mit der actio praetoria in factum legi Aquiliae accomodata auf Entschädigung belangen, jedoch, gleichviel ob derselbe eine Vergeltung für das Geschäft erhielte, oder dieses unentgeltlich verrichtete, nur wegen eines begangenen doli, oder wegen einer diesem gleich zu achtenden culpa lata. Denn ein

(*) Fr. 13. §. 1. Dig. 9. 2. fr. 54. §. 2. Dig. 41. 1. fr. 12. §. 6. fr. 13. pr. Dig. 40. 12. (Ueber die Erklärung des fr. 54. cit. sehe man auch §. 26. d. W.)

ein solcher Geschäfts-Mann war civiliter nicht obligatus, d. h. sein Geschäft hielte die altrömische Denkart für keinen Gegenstand einer Miethe, oder eines Mandats (*), sondern für ein beneficium, und daher die etwa dem Kunstverständigen gereichte mercedem nur für ein honorarium (**).

§. 33.

Aus dem Grundprincip, „daß die drei Klagen (§. 31.) dolum vel culpam voraussetzen,“ folgt von selbst, daß in der Nothwehr, oder durch legalen Gebrauch seines eigenen Rechts, oder im Gefolge eigener Schuld des Verletzten u. s. w., zugefügte Beschä-

schädig-

*) Man mandirt zwar einen solchen Mann; allein dieses inducirt doch keinen wahren Mandats-Contract; vielmehr ist jenes nur ein pragmatischer Ausdruck. So in dem fr. 2. §. 5. fr. 3. pr. Dig. 11. 6. Hätte das Ersuchen eines Feldmessers u. dergl. einen wahren Mandats-Contract inducirt, so würde Ulpian in fr. 1. §. 1. Dig. 11. 6. nicht habe sagen können: civiliter obligatus non est. Docent glaubt daher, daß Thibaut jenes Geschäft §. 867. seines Pandecten-Systems irrig unter der Rubrik des Mandats-Contracts abgehandelt hat.

(**) Fr. 1. pr. et §. 1. fr. 3. §. 1—4. fr. 5. §. 1. 2. fr. 6. 7. add. fr. 1. §. 2. fr. 2. et 3. pr. fr. 5. pr. Dig. 11. 6.

digungen keines jener auf Privatstrafe oder Ersatz hinzweckenden Rechtsmittel begründen (*), ingleichen, daß weder ein furiosus, nach der richtigen Meinung, noch ein pupillus infantiae proximus, auf Ersatz eines von ihrer Quasi-Thierheit ausgehenden Schadens belangt werden können, sondern der Beschädigte nur an den etwan vorhandenen culposen Aufseher jener, insoferne den Nicht-Menschen gleichstehenden, Subjecte sich halten muß (**).

§. 34.

Wenngleich der Schade auch nicht im Augenblick der von dem Schadenden geschehenen Verrichtung des facti, sondern erst nachher entstanden ist, das factum selbst aber schon eine Widerrechtlichkeit, d. h. dolum vel culpam, in sich begreift, so ist es völlig einerlei, ob derselbe in Hinsicht auf das Unschädlichmachen der That in dolo vel culpa war, oder nicht (***); und im Falle der Schade gegan-

(*) Fr. 4. 5 et 7. §. 4. fr. 9. §. 4. fr. 10 et 11. pr. fr. 29. §. 2—4. fr. 30. pr. 31 et 45. §. 4. fr. 49. §. 1. Dig. 9. 2. §. 2—5. Inst. 4. 3. add. fr. 9. Dig. 48. 8. fr. 7. §. 4 Dig. 43. 24. fr. 3 §. 7. Dig. 47. 9.

(**) Fr. 5. §. 2. Dig. 9. 2. fr. 60. Dig. 6. 1. fr. 111. pr. Dig. 50. 17. fr. 61. in fine Dig. 26. 7. fr. 13 et 14. Dig. 1. 18.

(***) Hae tamen actiones ex causa datae sunt, i. e. si neque

durch besonderes Bestreben — data opera — denjenigen trifft, welcher wissentlich in die Gefahr gegangen ist, so finden die Aquilischen Klagen, je nachdem der einen oder der andern Bedingungen §. 31. vorhanden sind, dennoch Statt (*).

§. 35.

Eine ausdehnende Erklärung der römischen Rechtsgelehrten hat auch eingeführt, daß mittelst der actio legis Aquiliae directa vel utilis civilis nicht nur 1), neben dem in den Worten des ersten und dritten Capitels des Aquilischen Gesetzes dargestellten, innerhalb des jüngst verflossenen Jahres oder resp. Monats einmal gewesenen, höchsten Werth des vernichteten oder beschädigten Objects, (§. 30.) zugleich auf Ersatz des noch übrigen, durch die illegale That gewiß mitverursachten, positiven oder negativen, Schadens, sondern auch 2) bei der Verletzung eines freien

neque denunciatum est, neque scierit, aut providere — cum culpa lata — potuerit: et multa hujusmodi deprehenduntur, quibus submovetur petitor, si evitare periculum poterit. Fr. 28. §. 1. fr. 11. pr. fr. 29. pr. Dig. 9 2. verglichen mit fr. 11. §. 1—4. fr. 13. §. 3. Dig. 19. 2. fr. 1. §. 4. Dig. 44. 7. fr. 18. pr. fr. 5. §. 7. Dig. 13. 6. §. 2. Inst. Dig. 3. 15.

(*) Fr. 9. §. 4. Dig. 9. 2.

freien Menschen, oder andern, nicht durch jene schädliche Handlung weniger werth gewordenen Körpers, auf Arztlohn und Vergütung des Versäumnisses geklagt werden kann. Ersatz für verlohrne Schönheit, oder für das Gefühl erlittener Schmerzen, begründet hingegen keineswegs eine aus dem Aquilischen Gesetz hervorgehende oder nach diesem gemodelte Klage; alles dieses aber ist auch auf die prätorische actio in factum legi Aquiliae accommodata anzuwenden (*).

§. 36.

Alle drei genannte Klagen (**) sind poenales mixtae perpetuae, wachsen durch boßhaftes Leugnen auf

(*) §. 10. Inst. 4. 3. fr. 21. §. 2. fr. 22 et 23. pr. et §. 1. 2. 4. 6. fr. 27. §. 17. fr. 13. pr. fr. 29. §. 3. fr. 5. §. ult. fr. 6 et 7. pr. Dig. 9. 2. fr. 13. §. 4. Dig. 19. 2. fr. 7. Dig. 9. 3. add. fr. 3. Dig. 9. 1. Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso. Fr. 30. §. 4. Dig. 9. 2. Si vero ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia, aut domini negligentia accidisset, recte de injuria occiso eo agitur. Fr. 52. pr. fr. 8. pr. Dig. 9. 2. add. fr. 7. §. 5. Dig. 9. 2. fr. 24. §. 5. Dig. 39. 2.

(**) Irrig hält Thibaut §. 963. die actio in factum praetoria für eine actionem mere rei persecutoriam.

auf das Doppelte, stehen activ den Erben zu, finden jedoch passiv gegen die Erben des Schadenden nur dann Statt, wann der Beschädigte, oder dessen Erbe, vor dem Ableben des Beschädigers mit diesem noch litem contestirt hatte, oder nur in soweit, als der Erbe durch die schadende That des Verstorbenen reicher geworden ist. Gegen mehrere zugleich Schuldige gehen sie dergestalt in solidum, daß die Zahlung des einen den andern, oder die übrigen, nicht befreit. Haben mehrere einen Sclaven oder ein Vieh so verwundet, daß der Tod hierauf erfolgt, und man weiß nicht, durch wessen That die Verwundung oder der Tod bewirkt wurde, so haften alle de occiso. Weiß man aber den einzelnen Thäter, so haftet für das Interesse der nicht tödtlichen Verwundung, oder der tödtenden, als solchen, und zugleich als früher tödtenden Verwundung, derjenige, welche solche veranlaßt hatte, der andere oder die übrigen hingegen haften für das Interesse der tödtenden Verwundung schlechthin (*).

Schluß.

(*) §. 4. Inst. 4. 3. §. 1. Inst. 4. 12. fr. 15. §. 1. fr. 43. fr. 51. Dig. 9. 2. fr. 38. fr. 111. §. 1. Dig. 50. 17. fr. 14. Dig. 5. 3. fr. 3. §. 5. fr. 4. Dig. 11. 6. Const. 4. Cod. 3. 35. fr. 66. §. 2. fr. 70. §. 1. Dig. 36. 1.

Schlußbemerkung.

Der, gewiß geniale, Verfasser der vorstehenden Fragmente schiene, während seines fortgesetzten Spähens in den römischen Gesetzen von der Culpa, einen Theil seiner hiervon früherhin aufgefaßten und öffentlich dargestellten Principien verlassen zu haben. Wenigstens läßt der Innhalt eines von ihm ad fr. 23. Dig. 50. 17. fr. 5. §. 2 et 15. Dig. 13. 6. fr. 47. §. 5. Dig. 30. Ienae d. V Aug. 1812. geschriebenen Programms, vorzüglich der hierinnen von ihm aufgestellte, seiner Meinung nach technische, Begriff des Wortes diligentia in jenen Gesetzen, keinen Zweifel übrig, daß die Trichotomie der Culpa, so wie er dieselbe vormals vertheidigte, ihren Grund- und Schluß- Stein verlohren hatte, und dieser, von der Umwandlung der wissenschaftlichen Ueberzeugung des Verfassers solchem aufgedrungene, Verlust ihn nöthigen mußte, den so eifrig bekämpften Dichotomisten ein Opfer zu bringen. Seit dieser neuen Erscheinung in seiner innern juridischen Sphäre zögerte er mit der weitern Ausspinnung der im §. 24. dieser Fragmente angehobenen, auf Trichotomie hinarbeitenden, Lehre von der Culpa, und jedes Streben des Verlegers, die Fortsetzung mit dem pag. 112 angezeigten 30ten §. zu erhalten, war fruchtlos. So waren die Fragmente selbst noch fragmentarisch, als

das

das Schicksal über ihren Verfasser gebot, ihn, kräftig an Geist und Körper, in dem kaum betretenen vierten Jahrzehend seines Lebens dem Kreise des menschlichen Wissens und Wirkens enthob. Der Versuch, unter den Papieren des Verstorbenen die Ergänzung jener Fragmente ausgearbeitet vorzufinden, war vergeblich — weder eine Fortsetzung von diesen, noch eine Verarbeitung seiner in den Weg getretenen neuen Ideen, fand sich vor. Und doch waren die ersten Bogen der Fragmente schon in den Buchhandel übergegangen; man forderte von dem Verleger den Beschluß der bis zum 30ten §. geführten Lehre. Nichts blieb daher übrig, als aus dem Pandectenhefte des Verfassers wenigstens die Darstellung der Lex Aquilia auszuheben, und das im Jahr 1813. von ihm seinen Zuhörern Vorgetragene in Paragraphen zu ordnen. Man hat bei dieser, mit dem §. 30. anhebenden, Ergänzung nicht nur seine Ideen, sondern auch seine Worte treu beybehalten; nur soviel hat man sich erlaubt, die allegirten Gesetze, und andere den Leser stöhrende Einstreuungen, in die Noten zu verweisen. Die häufig an den Verleger ergangenen Erinnerungen, für die Fortsetzung der Schömanischen Fragmente besorgt zu seyn, bestätigten in ihm die Ueberzeugung, daß ihr Innhalt wissenschaftliches Interesse habe, und er glaubt, den Interessenten, so weit es möglich war, dasjenige gegeben zu haben,

was der Verfasser selbst für die Presse bestimmt hatte. Möglich wäre es vielleicht, aus dem Pandecten-Heft des Verstorbenen auch die Principien fragmentarisch herauszuheben, welche er seinen Zuhörern in der Lehre der einzeln Contracte u. d. gl. im Sommerhalbjahr 1813 vorgetragen hat; allein, inwieferne dieses zum Besten der Wissenschaft zu wünschen sey, oder nicht, vermag der Verleger nicht zu bestimmen. Zweckwidrig aber glaubt er nicht zu handeln, wenn er die Schömanischen Gelegenheits-Schriften als Fragmente diesen Fragmenten beydrucken läßt.

Jena den 24ten März 1814.

I.

Fr. Schoemani Obſervationes juridicae, ad repletionem ſummi ingenii Thibautii laborum et ad juris interpretationem neceſſariae perſpectae (*).

1.

In Thibautii libro, cui titulus „*Syſtem des Pandekten-Rechts* 1809," pt. 2. pag. 118. legere eſt:

(*) *Dieſer Titel der Schömaniſchen* Diſſertatio pro loco *veranlaſste den verehrlichen Wenk in der Schrift:* Indicum corporis juris civilis ſupplementum. Lipſiae 1811, *zu einem mehr als groben Tadel. Wahrſcheinlich würde dieſe, in dem Geiſte einer Injurie ausgeſprochene, Rüge weniger ſtrenge ausgefallen ſeyn, wäre ihrem Autor die Stelle bekannt geweſen, nach welcher Schöman die Ueberſchrift ſeiner Inaugural-Diſſertation zu modeln für gut befand. Juſtinian ſpricht in ſeinem an den Tribonian gerichteten*

eſt: *plene Adoptirte und Arrogirte ſuccediren abinteſtato auch des Adoptiv-Vaters*

ters

ten Auftrage zum Entwurſe der Digeſten (Conſt. 1. §. 6. Cod. de veteri jure enucleando rel. 1. 17. ſ. Praef. I. Pand. Deo auctore rel. §. 6.) „ſed ſi quid ex his *ad repletionem ſummi ingenii Papiniani laborum, vel interpretationem neceſſarium eſſe perſpexeritis*, et hoc ponere legis vicem obtinens non moremini rel.„ *und aus dieſen Worten der Kaiſerlichen Conſtitution hatte Schömann jenen, immerhin ſonderbaren, Titel gezogen. Hätte Wenk dieſes und des Verfaſſers eigenes Beſtreben, die Sprache der römiſchen Rechtsgelehrten nachzuahmen, gewuſst und gefühlt, wäre ihm bekannt geweſen, daſs Schöman, aus warmer Liebe zu der Geſetzgebung der Römer, faſt täglich einen Theil des juſtinianiſchen Geſetzbuches durchlas, und nicht wenig Stellen ſeinem Gedächtniſs wörtlich eingeprägt hatte, ſo würde er eines Tadels ſich enthalten haben, der ihn wenigſtens in einer Rückſicht nicht ehrt. Kräftig ſpricht hiervon* Schweitzer *in der Abhandlung:* Pro ſubſtitutione vulgari tacita. Jenae 1814 pag. 11. „Scripſit vir doctiſſimus (Wenk) in libello bonae frugis pleno, quem, dolendum tantum eſt, ſummae inhumanitatis et injuriae in Schoemanum, quondam noſtrum, macula conſpurcari" rel: — *Mehr Miſsbilligung hätte vielleicht Schömans leidenſchaftliches Streben verdient, dem Gehalt ſeiner Schriften und Vorträge durch*

ters Agnaten in aufsteigender Linie. Quam sententiam quis eleganter deriserit. Nam cum adoptio fieri non debeat nisi a patrefamilias, eo fine, ut ipse statim adquirat patriam in adoptandum potestatem; qui sunt patris in adoptio-

nem

durch widerliche Ausfälle auf die Personen bewährter Kenner der Rechtswissenschaft einen Anstrich höherer Klugheit zu geben. Allein wie mancher junger Gelehrte siecht an dieser, den Fortschritt auf dem Wege zur ausgebildeten Kenntniss hindernden, Krankheit des verblendenden Haus-Götzen, Egoismus genannt! wie mancher verirrte sich, von dem stolzen Kraftgefühl eigener und alleiniger Weisheit gepeitscht, in dem Gebiete jenes Idols zur lebenslänglichen unheilbaren Einseitigkeit! Beherzigte jeder das quantum est quod nescimus, quantulum quod scimus, *so würde eine gegenseitige höhere Achtung die den Gelehrten entehrende literarische Rusticität mindern, und eine edlere Reife der Früchte in dem Feld der Wissenschaften zur Folge haben. Wer sich zu der, mit Beschränktheit nahe verwandten, Ueberzeugung verirrt, das ihm gewordene Theilchen menschlichen Wissens sey der Umfang der Wissenschaft selbst, oder doch der erhabenste und erleuchtetste Punkt in diesem weiten Reiche, der ist gewiss am wenigsten fähig, solches zu beherrschen, und am wenigsten berechtiget, über den Werth der Früchte vornehm abzusprechen, welche seine Mitarbeiter in jenem Gebiete zu bauen sich bestreben.*

G.

nem quem ſuſcipientis parentes, adoptato agnati ejusve parentes recte negantur in fro 7. D. 2. 4. Secundum quae, ſicubi filius dicitur adoptaſſe, neceſſario utique adjicitur „emancipatus," e. g. in fri 10. §o. 8. D. 2. 4. et in fro 26. D. 1. 7. Sed et ſolius patris arrogatoris mentio fit in antiqua arrogationis formula, quae extat apud GELLIVM lib. V. cap. 19.

Sequitur videre de locis, quibus THIBAVTIVS ſententiam ſuam probare ſibi blanditur, quemadmodum intelligendi ſint. Et quidem expeditum intellectum habet Codicis 8. 48. conſtitutio 10, legitimam in avi *et* proavi bona ſucceſſionem non quaſi ab avo adoptatis utramque, ſed unam vel alteram quaſi *vel* ab avo adoptatis *vel* a proavo aſſignans, item ſanciens arrogatos aggregari arrogatoris familiae, qualem exhibet Inſtit. 3. 2. §us 2. non admixto ejus, qui arrogavit, patre. Eadem plane dicenda ſunt de Inſtit. 3. 1. §o 14., referente ſe ad laudatae Codicis conſtitutionis tenorem. Quorſum autem Inſtit. 3. 1. §us 2. ſpectet, dubitari poteſt. Puto tamen, hanc §um cum Inſtit. 2. 19. §o 2. conjungendam loqui de adoptatis, quos quis vel tanquam pater in locum filiorum, vel tanquam avus in locum nepotum, vel denique tanquam proavus in locum

pro-

pronepotum adoptaverit. Igitur et difficile est negare, ULPIANUM in Dig. 1. 6. fro 5., quod allegare omisit THIBAUTIUS, nonnisi de adoptatis in locum nepotum vel pronepotum sensisse. add. frr. 6. 10. 11. 43. 44. D. 1. 7. et Instit. 1. 11. §. 5.

Caeterum non magis, ac illa THIBAUTII, ferenda videtur HOEPFNERI (*) opinio, quasi succedat arrogatus masculis arrogatoris ascendentibus intestatis, dummodo in arrogationem consenserint.

Novissime dicendum est, „*adoptatum non succedere patris adoptivi parentibus intestatis*," nulla plane ab hac regula exceptione, nec si pater ex lege novella 81. suae potestatis factus adoptaverit, locum sibi vindicante.

2.

Fr. 8. princ. Dig. VIII. 1. (PAULUS lib. 15. ad Plautium): „ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest."

Lo-

(*) in libro, cui titulus: *Theoretisch practisch. Comment. über die Heineccisch. Institutionen* 1803. §. 689. S. 741.

Locum hunc Pavli tribus conſtare propoſitionibus expeditum eſt, quarum quidem nullam Doctores noſtri hactenus intellexerunt. Primam interim hic explicuiſſe contentus ero, nova plane ac ſimplici interpretatione.

Ait itaque Pavlvs: „*ut pomum decerpere liceat*, *ſervitus* (*realis ſcil.*) *imponi non poteſt.*"

Conſtituitur nempe *uſusfructus* non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in ſervis et jumentis *caeterisque rebus* fr. 3. §. 1. D. 7. 1. Ne tamen in univerſum inutiles eſſent proprietates, ſemper abſcedente uſufructu; placuit, *ſervitutem uſusfructûs realem conſtitui non poſſe* fr. 3. §. 2. fr. 56. D. 7. 1. fr. 3. §. 3. D. 7. 4. Inſtit. 2. 4. §. 3. fr. 38. §. 12. D. 45. 1. Cod. 3. 33. c. 14. Atqui, cum dicitur apud Romanos „*pomum decerpere*"; pomum non pro uno aut altero interdum ad ſatisfaciendum liguritioni decerpendo, ſed pro *omni arboris fructu* accipitur, uti patet ex fr. 45. D. 22. 1. fr. 205. D. 50. 16. fr. 27. §. 25. D. 9. 2.: ac proinde „*pomum decerpere licere*" nihil aliud eſt quam „*arboris uſumfructum habere.*" Recte igitur quis dixerit, ſententiam Pavli eam eſſe, ut arboris uſusfructus non poſſit conſtitui tanquam ſervitus realis.

Enim-

Enimvero Thibautius, Huberum secutus, ad explicandam Pauli sententiam meras nugas adhibuit ne per somnium quidem visas unquam huic juris auctori. Nempe non dubitavit Thibautius legem cit. 8. princ. D. VIII. 1. sic interpretari (*): „A *hat ein Landgut, worauf, wie immer, Platz genug zum Gehen* (?) *und Essen* (?); *und Obst zum Abpflücken* (?) *in Menge ist. Er weiſs nicht was er will, hat, wie man es oft bei Reichen findet, thörichte Gelüste, und läſst sich von seinem Nachbar die genannte Servitut* „u. p. d. l. e. u. s. e. u. c. i. a. p." *einräumen. Mit Recht, sagt hier Paulus, kann eine solche Servitut nicht als* servitus *d. h. als Real-Servitut bestehen, weil wir nicht voraussetzen, daſs jeder nachfolgende Besitzer kindisch seyn wird, wie es sein Vorgänger war. Was kann vernünftiger, billiger seyn? Ich verliere kein Wort weiter, wo Alles so klar und in die Augen fallend ist.*" Migrasse deinceps erroneam hanc interpretationem, quasi Paulus de liguritione coercenda senserit, in Thibautii librum inscriptum „*System des Pandecten-Rechts* 1809. §. 606." nemo non intellexerit.

De

(*) in libro, cui titulus: *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts.* 1798. S. 27.

De falſis, quas BARTOLVS, COSTALIVS, CORASIVS, CVIACIVS, MARTVCIVS, NOODTIVS aliique explicando PAVLI loco accommodarunt, interpretationibus, nec non de ſervitutum „*ut ſpatiari et ut coenare in alieno poſſimus*“ prohibitione alibi plenius differam. Hic modo admonuerim, „*ſpatiari*“ proprie eſſe *in ſtadio currere*, et „*coenare*,“ accipi debere *ad modum coenandi Romanis conſuetum* (*). Unde poteſt conjectura capi, quaſi PAVLVS propoſitas in fr. 8. pr. cit. *tres* cauſas ideo *conjuxerit*, quia, ſi poſteriores duae tanquam ſervitutes reales admitterentur, earum quaelibet, non quidem uti prima in univerſum, ſed tamen *nimis*, *inutilem* effectura eſſet proprietatis uſui aptae *partem*; qualis quidem effectus ſervituti reali, niſi vel reſervata vel dominantis praedii ſubſtantiae utilis ſit, ex probabili jurisconſultorum romanorum ſententia debet obſtare. Cf. fr. 19. D. 8. 1. (**) fr. 3. fr. 15. fr. 16. D. 8. 2. fr. 1. pr. circa fin. fr. 6. in fin. D. 8. 3.

(*) Cf. NIEVPORT ſuccincta explicatio rituum qui olim apud Romanos obtinuerunt. ſect. IV. cap. II.

(**) Cui frum 3. et frum 1. §. 11. D. 43. 20. non adverſantur, ſi, ut oportet, haec non indiſtincte de ſervitute aquae ducendae reali acceperimus. cf. fr. 1. §. 12. et §. 43. D. eod. fr. 1. D. 8. 1.

8. fr. 8. §. 1. D. 8. 5. fr. 3. §. 2. fr. 56. med. D. 7. 1.

3.

Cum dicitur apud Romanos „praeſtamus *et culpam et diligentiam*,“ uti in fr. 5. §§. 2. 15. D. 13. 6. fr. 47. §. 5. D. 30. fr. 23. D. 50. 17.; *diligentia* accipienda eſt pro cura *eligendi* res alii debitas prae noſtris, cum forte nonniſi vel illas vel has ſalvas facere poſſimus.

II.

Progr. ad fr. 28. pr. Dig. 22. 1.

Sententiam Hvg. Donelli exiſtimantis, bonae fidei poſſeſſorem fructus induſtriales ſeparatos necdum conſumtos nullo jure cogi reſtituere, jam quidem plurimi poſt illum interpretes fortiſſimis ſane argumentis refutarunt. Sed tamen una crux circa hunc tractatum antiquioribus fixa et recentioribus manſit. Nam e Gaji libro 2. Rerum Cottidianarum (ſive Aureorum) in fr. 28. pr. Dig. 22. 1. ita deſcriptum extat: „agni et hoedi et vituli ſtatim *pleno jrne* ſunt *bonae fidei*

poſ-

possessoris et fructuarii." Et vero, quotquot hunc locum explicare studuerunt, verba proposita putaverunt sana. Itaque Lycklama a Nyeholdt membr. lib. 3. ecl. 1., ad solum fructuarium verba „*pleno jure*" referens, Gajvm de bonae fidei possessore nihil aliud dixisse scripsit, quam *statim* ejus fieri fructus naturales, eatenus scilicet, ut eos possit, antequam dominus superveniat, consumere. Quam explicationem, ne quid amplius dicam, Donellvs noster merito derideret! Igitur Vinnivs comment. in §. 35. Inst. de rer. divis. etc. ad fr. cit. 28. pr. Dig. 22. 1. respondit, Gajvm dicenten, bonae fidei possessorem fructuum, simulac percepti sunt, statim dominum fieri pleno jure, non continuo negare, jus illud ex causa esse revocabile; sicque eundem Gajvm l. 29. §. 1. Dig. qui et a quib. manum. scribere, servum sub conditione legatum pendente conditione pleno jure heredis esse; quem tamen constat deficiente demum conditione fieri heredis irrevocabiliter. Sed, ut taceam, multum interesse, dicatur quid alicujus esse *pleno jure pendente conditione*, an *pleno jure* simpliciter, saltem non iret inficias Vinnivs, quin Gaji sermo, *qualis supra scriptus est*, bonae fidei possessori in agnis, hoedis et vitulis *idem plane* jus plenum statim, *quod fructuario, ideoque* irrevocabile,

bile, tribuat. Qua ratione quoque refellitur explicatio OTTONIS comm. in §. cit. 35. Inst. de rer. divis. putantis, bonae fidei possessorem percipiendo fructus pleno jure suos facere dici in fr. cit. 28., ut usucapione non indigeat: idem enim et de fructuario tacite dixisse GAJVS accipiendus esset; quod perquam absurdum est: quin imo ex ipsa OTTONIS explicatione sequitur, GAJVM tribuisse bonae fidei possessori in fructibus separatis statim dominium irrevocabile! Enimvero THIBAVTIVM in libr. inscript. *System des Pandecten-Rechts* 1809. §. 568. nihil de fr. 28. pr. Dig. 22. 1. commemorasse non est mirum; nam et plurima alia explicatu difficilia tractare ab instituto suo alienum putasse videtur.... Quid ergo? Confitendum est, sermonem GAJI *supra scriptum* recte explicari non posse, non tamen esse genuinum. Ipsius nempe GAJI de fructuario tantum locuti et TRIBONIANI verba fuerant: „agni et hoedi et vituli statim pleno jure sunt *dominii* (vel forsitan, contractis literis i i, *domini*) fructuarii." Postea ineptus quidam scripsit „*domini* fructuarii." Deinde alii accipientes hic dominum pro bonae fidei possessore, pro quo quidem plerumque in legibus nostris accipitur, ideoque voculam „*et*" necessario interferendam putantes, verba „*domini* fructuarii" in

„*domini*

„*domini et* fructuarii," alii tandem in „*bonae fidei possessoris et* fructuarii" mutarunt. Hancce conjecturam egregie confirmat §us 37. Inst. de rer. divis. ita habens: „agni, hoedi et vituli et equuli et suculi statim naturali jure *dominii* fructuarii sunt"; quam §um ex Gaji fr. 28. pr. Dig. 22. 1. descriptam esse nemo negaverit.

III.

Prog. ad fr. 23. Dig. 15. 17. fr. 2. et 15. Dig. 13. 6. et fr. 47. §. 5. Dig. 30.

Jureconsultos Romanos dicentes „praestandam a debitore *et culpam et diligentiam*", uti in fr. 5. §§. 2. 15. D. 13. 6., fr. 47. §. 5. D 30. et fr. 23. D. 50. 17., *diligentiam* pro cura *eligendi* res aliis debitas prae suis, cum forte nonnisi vel illas vel has salvas facere possit, accepisse scripsi in disputatione mea pro loco mense Februario 1811. (*). In

(*) Inscripta est haec disputatio: „*observationes juridicae ad repletionem summi ingenii Thibautii laborum et ad juris interpretationem necessariae perspectae*

In argumentis autem, quibus haec explicatio, lucem per mille jam annos a juris doctoribus fruſtra quaeſitam doctrinae Romonorum de culpa reddens, probari poteſt, merito et ipſa ſana quatuor dictarum legum interpretatio eſt numeranda. Quam tibi, benevole lector, hic propono, ſed

ſpectae etc. a Francisco Schoeman etc." Quam inſcriptionem quaſi barbaram nuper reprehendit celeberrimus GVST. HVGO, in libr. inſc. „*Lehrbuch der civiliſtiſchen Literair-Geſchichte* 1812." pag. 372., me allegato notans: „*Der Titel ſeiner Disputation* pro loco *heiſst:* obſervationes juridicae ad repletionem ſummi ingenii Thibautii laborum . . . . neceſſariae perſpectae. *Jena* 1811." Quid autem? Sermone, quo legislator in *praefationis* „Deo auctore" paragrapho ſexta uſus eſt, ego *ad inſcriptionem* uſus ſum. Imo jam ipſe HVGO d. libri ſui pagina 400. ſe corrigens ſcripſit: „*Der in der Note* (*S.* 372.) *angeführte Titel iſt eine Imitation des* §. 6. *der* conſtit. Deo auct." Verum ne ſic quidem omnem culpam purgavit: namque expeditum inſcriptionis meae intellectum, quem *nomen auctoris*, *a quo* obſervationes illae ad repletionem Thibautii laborum neceſſariae perſpectae ſint, legere et transſcribere non curans ſpoliavit, nondum reſtituit. Ecce igitur, ſatyram in me ſcribere volens duplicem in ſe ipſum ſcripſit vir magnus!

ſed breviſſime, tam lectionum fragmenti 23. D. 50. 17. varietates, quam doctrinae hujus interpretum errores, eam quoque, qua Thibautius in libr. inſc. *Syſtem des Pandekten - Rechts* 1809." §. 253. n. i. ſe ſuosque auditores et caeteros lectores adhuc miſere discruciat, interpretationem ſilentio praeteriens. Atque lectio genuina fragmenti 23. D. 50. 17. haecce mihi videtur: „(I) contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam: (II) dolum tantum, depoſitum et precarium: (III) dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia geſta: (IV) *in his quidam et diligentiam*, ſocietas et rerum communio et dolum et culpam, recipit" etc. Numquid ergo verſus „*in his quidam et diligentiam*," non ad tertiam hujus textus periodum ſed ad quartam pertinet, item verbum „*quidam*" non quosdam ſed *quendam* in octo praedictis contractibus ſignificat? Quod verius puto. Praelectioni nempe deſtinatum ab Ulpiano hunc textum cenſens ita interpretor:

α) ad III. periodi verba, „*dolum et culpam,.... negotia geſta:* culpam hic accipiemus generaliter levem, pro diverſa octo ſubjectorum contractuum natura ab interprete in quibus-

dam

dam leviſſimam et in faciendo et in non faciendo, in quibusdam leviſſimam quidem in faciendo, ſed in non faciendo levem qualem debitor in ſuis rebus praeſtare ſoleat, aeſtimandam: namque mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum et negotia geſta recipiunt culpam leviſſimam tam in non faciendo, quam in faciendo; ſed maritus et tutor culpam in faciendo leviſſimam et quantam in ſuis rebus diligentiam praeſtant.

β) ad IV. periodi verba „*in his quidam et diligentiam*,“: *in his*, ſcilicet octo praedictis contractibus, *quidam*, ſcilicet commodatum, *et diligentiam*, ſcilicet *et dolum et culpam et*, ultra culpam ideoque ultra omnes levis culpae ſpecies aliquid neceſſario hic ſignificantem, *diligentiam*, recipit: id eſt: commodatarius praeſtat *et dolum et culpam leviſſimam tum in faciendo et ſummam curam eligendi* res commodatas prae ſuis, cum forte nonniſi vel illas vel has ſalvas facere poſſit: cff. fr. 5. §. 4. D. 13. 6. fr. 16. D. 13. 1. Tantundem praeſtare legatario heredem idem VLPIANVS docuit in fragmenti 47. paragrapho 5. D. 30. Caeterum praeter commodatum et hereditatis aditionem nulla ex contractu vel

 quaſi

quaſi ex contractu obligatio curam illam eligendi recipit, ſiquidem, Dig. 13. 6. fragmenti 5. paragrapho 15. *locatum* a manu inepta inſertum eſſe, tam ex ejusdem fragmenti paragraphis 2. 11. ejusdemque tituli fragmento 7. et fragmento 23. D. 50. 17., quam ex permultis aliis locis adparet.

Quaerat aliquis, cur Jureconſultus noſter in Dig. 50. 17. fragmenti 23. periodo quarta, non in tertia, locutus ſit de ſocietate et rerum communione minus quidem quam commodatum, nempe dolum et culpam tantum, recipiente? Reſpondeo, in periodo ſecunda et tertia eum ſententias indubitatas, in quarta autem controverſas, proponere voluiſſe. In commodato enim alii et diligentiam, item in ſocietate et rerum communione alii dolum tantum, alii et culpam, venire exiſtimarunt: cff. fr. 5. §. 2. in f. D. 13. 6. fr. 25. §. 16. D. 10. 2. Inſtit. 3. 26. (de ſociet.) §. ult.

Explicui ſententiam legum a debitore *et culpam et diligentiam* exigentium, ita, ut, mihi tam Donelli, Jac. Gothofredi, Thibautii, caeterorumque juris doctorum de culpae praeſtatione ſyſtemata, quam illud, quod antehac probave-

baveram, displicere nemo non intelligat. Sed omnes ad tractatum de culpa pertinentes leges in latiori libro mox interpretaturo mihi coronidis loco hic dicere liceat, Dig. 39. 2. fragmenti 18. paragraphum 4. a nemine adhuc probabili ratione explicitam, adhibitis ſignis ! ? ex ejusdem tituli fragmenti 24. paragraphis 2 — 8. eleganter explicari poſſe.

IV.

Prog. ad fr. 1. §. 1. Dig. 13. 6. fr. 9. pr. Dig. 14. 6. et fr. (226.) Dig. 50. 16.

1.

Transſcripta ex Vlpiani libro 28. ad edictum reperiuntur in Dig. 13. 6. fragmenti 1. paragrapho 1. verba haec: „Vivianvs etiam habitationem commodari poſſe ait.“ Et ſane precario habere etiam ea, quae in jure conſiſtunt, poſſumus; fr. 3. fr. 15. §. 2. D. 43. 26. Secundum quae Thibavtivs in libr. inſcr. „*Syſtem des Pandekten-Rechts* 1809.“ paragrapho 888. etiam incorporales res commodari poſſe docuit. Quippe plenius

ex

ex VLPIANI libro 28. ad edictum transſcripta in Dig. 19 5. fragmenti 17. principio exſtare verba: ſi gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere poſſim? et VIVIANVS ait, poſſe: *ſed eſt tutius, praeſcriptis verbis agere*" ignoravit vir egregius.

2.

Idem libr. alleg. §. 377. ſcripſit, ſi paterfamilias factus ſolverit partem mutuae pecuniae contra ſenatusconſultum macedonianum acceptae, *in totum*, ſi vero paterfamilias factus pro ea rem pignori dederit, usque ad pignoris quantitatem tantum ei denegandam jure romano ſenatusconſulti exceptionem. Sed ipſum confido hanc abſurdam ſententiam repudiaturum, inque Dig. 14. 6. fr. 9. pr. pro „ſed ſi" lecturum „ſed *et* ſi"; quam lectionem a vulgata corporis juris editione, teſte BRENKMANO, exhibitam WESTENBERGIVM quoque noviſſe et genuinam cenſuiſſe credibile eſt.

3.

Fragmentum 226. Dig. 50. 16. habet „magna negligentia culpa eſt, magna culpa dolus eſt":

ſed

ſed non dubie legendum „magna negligentia culpa eſt *magna*, *magna* culpa dolus eſt."

V.

Prog. ad fr. 64. Dig. 12. 6. et fr. 1. §. 3. Dig. 1. 1.

1.

G. HVGO (*) de DOM. VLPIANO ita ſcripſit; „*er iſt es gerade, der, ſoviel wir wiſſen, unter allen Juriſten zuerſt das eigentliche* j u s n a t u r a l e *vom eigentlichen* j u s g e n t i u m *unterſchied.*" Ego vero legi in fr. 64. Dig. 12. 6. transſcripta ex TRYPHONINO verba: *libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta eſt.*" Caeterum ante DOM. VLPIANVM vixiſſe TRYPHONINVM didici, maxime ex fr. 50. Dig. 49. 14.

2.

In Dig. 1. 1. fr. 1. §. 3., item in Inſt. 1. 2. pr. legitur: „videmus etenim, caetera quoque ani-

(*) In lib. inſc. „*Lehrbuch der Geſchichte des römiſchen Rechts* 1810" pag. 399. Cf. quoq. Ejusd. lib. inſcr. „*Lehrbuch des Naturrechts* 1809." §. 17.

animalia (feras etiam) iſtius juris peritia cenſeri."
Quanquam autem verba „*peritia cenſeri*" latine dicta ſint, malim tamen, fortiſſimis rationibus alibi indicandis motus, legere: „videmus etenim, caetera quoque animalia, feras etiam, iſtius juris peritia *conciri* (ſ. *concieri*)".

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schömann, Ignaz Franz Xaver,

Schöman's Fragmente aus seinen civilistischen und criminalistischen Vorlesungen nebst einem Anhange desselben lateinischen Gelegenheits-Schriften

Jena 1814

J.rom.m. 461 x
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567119-1